

A controvertida caracterización do contrato administrativo especial

La controvertida caracterización del contrato administrativo especial

The contested concept of special administrative contract

54
Regap

ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA

Técnica Superior de Apoyo. Cuerpo Superior Jurídico
Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha
Doctora en derecho por la UCLM
estelavlacunza@gmail.com

Recibido: 19/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Os contornos non sempre claros do contrato administrativo especial dependeron no noso dereito do deslinde entre os contratos administrativos e os contratos privados. Pero o seu ámbito viuse reducido na medida en que se foron incorporando as tipoloxías dos contratos públicos do dereito europeo. Isto ocasionou que a súa utilización sexa cada vez máis restritiva e arbitraria, quedando como unha particularidade “especial” dentro do novo texto da lei de contratos que, en definitiva, os relega a representar un papel secundario, condenándoos á súa desaparición, xa que a súa aplicación práctica é cada vez máis limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Resumen: Los contornos no siempre claros del contrato administrativo especial han dependido en nuestro derecho del deslinde entre los contratos administrativos y los contratos privados. Pero su ámbito se ha visto reducido en la medida que se han ido incorporando las tipologías de los contratos públicos del derecho europeo. Esto ha ocasionado que su utilización sea cada vez más restrictiva y arbitraria, quedando como una particularidad “especial” dentro del nuevo texto de la ley de contratos que, en definitiva, los relega a representar un papel secundario, condenándolos a su desaparición, ya que su aplicación práctica es cada vez más limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Abstract: The contested notion of special administrative contract in the Spanish Law has depended on the limits between management contracts and private contracts. Nevertheless, the implementation of European Law has caused its reduction. Nowadays, its use is ever more restrictive and arbitrary. It just remains as a very specific “particular” regime within the new text of the contract law. It plays a minor role and its disappearance is to be expected, since its practical application is more and more restricted.

Keywords: Public contracts, administrative contract, private contract, special administrative contract.

Sumario: 1 Introducción. 2 La separación entre contratos administrativos y privados en la contratación de la Administración pública española. 2.1 Origen y extensión del contrato administrativo: el surgimiento del contrato administrativo especial. 2.2 Refuerzo de los contratos administrativos especiales y mejora en su deslinde de los contratos privados

que mantienen su carácter residual. 2.3 La transformación del contrato administrativo especial: el carácter supletorio otorgado por la Ley 30/2007. 3 Influencia del derecho europeo en la configuración del contrato administrativo especial. 4 Supuestos que en distintos momentos han sido calificados como contratos administrativos especiales. 4.1 Prestaciones de carácter patrimonial. 4.2 Prestaciones de servicios que no encajaban en los tipos nominados vigentes. 4.3 Contratos que en atención a su objeto han pasado a calificarse legalmente como privados. 4.4 La explotación de cafeterías, restaurantes, comedores o bares en dependencias públicas. 5 ¿Mantienen los contratos administrativos especiales su carácter supletorio en la nueva LCSP? 6 El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales. 7 Recapitulación. 8 Bibliografía.

1 Introducción

Para los operadores jurídicos, ha resultado de gran dificultad tipificar algunas prestaciones, sobre todo cuando su delimitación ha ido variando con las distintas regulaciones aprobadas en materia de contratos públicos. Prueba de ello son las numerosas consultas sobre las que se han tenido que pronunciar las juntas consultivas de contratación administrativa relativas a la calificación de los contratos, y los conflictos que sobre el particular han tenido que resolver los tribunales de recursos contractuales.

Sin duda, dentro de los contratos que han generado mayor incertidumbre en su calificación están los contratos administrativos especiales, situación que se ha debido, por una parte, al paulatino incremento de prestaciones para las que la Administración ha recurrido a la contratación, que fueron inicialmente calificadas como contratos administrativos especiales porque su objeto en el momento de la licitación no tenía encaje en ninguno de los tipos administrativos nominados, pero que posteriormente fueron incorporados a estos por su habitualidad. Y, por otra parte, porque dichos contratos actuaron como frontera móvil con los contratos privados, pues su calificación como administrativos tenía lugar cuando cumplían los distintos presupuestos fijados legalmente, que les atribuían carácter especial.

En efecto, la delimitación de los tipos contractuales ha sido y es una constante fuente de polémica, a la que ha contribuido que nuestro derecho de la contratación pública desde mediados del siglo XX se haya asentado en la figura del contrato administrativo, que tiene su causa en el interés público y que precisa de la presencia de una Administración pública, así como en la proliferación de otros entes, organismos o entidades de derecho público que, por su personificación, se encuentran sometidos al derecho privado en su actividad contractual.

De esta forma, en España se ha producido una dualidad entre contratos administrativos y privados que es desconocida en otros países de nuestro entorno, y cuya dicotomía aún hoy genera dudas porque su deslinde ha ido variando en el tiempo en función de su determinación legal¹, sobre todo debido a que la categoría de contratos administrativos ha estado integrada tanto por contratos calificados como tales en función de que su objeto estuviera incluido en los tipos relacionados de forma explícita en la norma vigente como por aquellos otros considerados administrativos especiales por cumplir determinados criterios que los hacían merecedores de dicho calificativo porque su causa era una finalidad pública.

1 Ya advirtió ARIÑO ORTIZ que el contrato administrativo no posee una naturaleza fija e inmutable, sino que es una categorización dinámica. Su calificación jurídica variará en extensión y con el tiempo por estar vinculada al entorno ideológico y político de cada momento, que es el que determina qué contrato se calificará como administrativo por su especial importancia para el interés público. Por ello, su régimen especial se caracterizará por una mayor elasticidad y capacidad de decisión de una de las partes para la protección del fin público perseguido (“El enigma del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, p. 95).

La confusión en la tipificación de las prestaciones se ha visto agravada por la necesidad de adaptar nuestro ordenamiento jurídico al derecho de la Unión Europea en materia de contratación pública, para el que resulta indiferente tanto la personalidad jurídica de la entidad contratante como la naturaleza que atribuyan los Estados miembros al negocio jurídico celebrado. Lo relevante es el aseguramiento de la libre competencia en los procedimientos de contratación para la consecución de un mercado único, propósito que ha motivado que las directivas que se han ido aprobando en la materia hayan incidido en la fijación común de los ámbitos subjetivo y objetivo de aplicación. Estos elementos han repercutido en la calificación de los contratos como administrativos o privados en el derecho contractual público español y, por ende, en los contratos administrativos especiales.

Sin embargo, el contrato administrativo subsiste en nuestro derecho interno², pese a que las sucesivas normas aprobadas para transponer las directivas europeas de contratación pública hayan ido adaptándose a las acepciones comunitarias, tanto en el concepto de poderes adjudicadores³ para delimitar los sujetos contratantes como en la noción de los tipos contractuales, que han ido ajustándose a las definiciones comunitarias, alterando algunos de nuestros conceptos tradicionales⁴.

La consecuencia ha sido que la conceptualización del contrato administrativo y, en particular, la del contrato administrativo especial se ha ido modulando a medida que la normativa europea de contratación pública se ha ido expandiendo.

Esta situación hace imprescindible que, para determinar cuándo un contrato debe ser calificado como administrativo especial, nos refiramos a la evolución que en la actividad contractual de la Administración pública ha tenido la dualidad, que aún persiste, entre contratos administrativos y contratos privados, ya que el cambio en su deslinde ha afectado a la definición de los contratos administrativos especiales, así como a examinar en qué medida la regulación de la tipología comunitaria de los contratos públicos ha ido influyendo en su extensión.

2 La separación entre contratos administrativos y privados en la contratación de la Administración pública española

A medida que el Estado se fue transformando, asumiendo nuevas funciones derivadas de la prestación de servicios a los ciudadanos, la modalidad de la actividad contractual experimentó un gran auge frente a las actuaciones sustentadas en actos unilaterales⁵. Los primeros contratos fueron los que tenían por objeto la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos, a los que más tarde se sumaron los contratos de suministros. Después surgieron otras necesidades, derivadas en parte de la propia actividad interna de la Administración,

2 Cuestionan su pervivencia, entre otros, DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009, pp. 5-42.

3 En relación con este concepto, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", I y II, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008, pp. 44 y ss., y n. 78, pp. 76 y ss.

4 Tal es el caso de las prestaciones que hoy se agrupan en el contrato de servicios, cuya delimitación quedó equiparada al derecho europeo con la aprobación de la Ley de contratos del sector público del año 2007, o el contrato de gestión de servicios públicos, cuya sustitución por la concesión de servicios ya fue prevista en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público de abril de 2015.

5 Sobre las circunstancias históricas que han motivado la elección entre acto o contrato, *vid.* MEILÁN GIL, J.L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005, pp. 510-514.

como las prestaciones de servicios y asistencias técnicas, que pronto fueron también cubiertas mediante contratación.

Esta creciente actividad contractual fue desarrollando en España un régimen jurídico propio de los contratos de las administraciones públicas que fue separándose paulatinamente del derecho común. Sin embargo, inicialmente su régimen solo se diferenciaba de la contratación privada por la atribución del conocimiento de sus conflictos a la jurisdicción contencioso-administrativa⁶, por la existencia de prerrogativas a favor de la Administración, justificadas por la necesidad de asegurar el interés general, por el establecimiento de reglas comunes para la selección de los contratistas, así como por la fijación de controles financieros en su actividad⁷.

2.1 Origen y extensión del contrato administrativo: el surgimiento del contrato administrativo especial

El reconocimiento de la individualidad del contrato administrativo no tiene lugar hasta que se aprueba la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos del Estado⁸, que en el apartado I de su exposición de motivos sostiene que:

“La sumisión preferente al derecho administrativo es la característica normativa que otorga a los contratos del Estado regulados por la ley su perfil institucional, y los configura como una categoría independiente con alejadas raíces en el derecho privado de obligaciones que seguirá aportando, mañana como ayer, el valor secular del esquema jurídico: contrato y derecho administrativo se unen para dar vida a un ente original. Aceptado este axioma, no es difícil discernir el concepto de contrato administrativo de que parte la presente ley de bases; basta acudir al fundamento del derecho administrativo para descubrir la causa del negocio, para comprender la razón de sus peculiaridades normativas y para sentir la necesidad de unos procedimientos especiales de elaboración del contrato y de enjuiciamiento de la relación jurídica cuando el restablecimiento del derecho exige la intervención del poder jurisdiccional [...]”⁹.

Posteriormente, el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de contratos del Estado (en adelante, LCE), consagró la sustantividad de los contratos administrativos. Esta norma precisaba que los contratos que tuvieran por objeto directo la ejecución de obras, la gestión de servicios o la prestación de suministros estaban sujetos al derecho administrativo y peculiaridades de dicha ley, mientras que el resto de contratos con

6 Aunque en su origen la atribución de los contratos a la jurisdicción contencioso-administrativa se debía a una simple razón subjetiva. Todos los contratos que celebrase la Administración eran competencia de los tribunales contencioso-administrativos por puras razones prácticas, pues no existía distinción entre contratos administrativos y contratos privados, algo que era inconcebible, ya que todos los contratos se sujetaban al derecho civil. Así lo señaló GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 101-103.

7 Sobre la evolución y regulación de la actividad contractual de la Administración pública en España, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 165-172.

8 Esta norma se limitó a regular únicamente los contratos que tuvieran por objeto obras, gestión de los servicios públicos y suministros, aunque también es preciso apuntar que ya recoge en su base II que los contratos que realice el Estado con objeto diferente, como los de compra y venta de inmuebles, préstamo, depósito, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualquiera otros, se regirán por sus normas especiales, aplicándose supletoriamente las disposiciones de la ley para los referidos contratos.

9 CORRAL GARCÍA, E., “Evolución de la legislación de contratos de la administración”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008, pp. 128 y 129.

objeto distinto debían regirse por sus normas privativas¹⁰. Dentro de los segundos, enumeraba los contratos de compraventa de inmuebles, muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial o cualquiera otros¹¹. No obstante, al disponer en los artículos 18 y 19 su régimen jurídico supletorio, hace una distinción en función de si dichos contratos tenían o no naturaleza administrativa.

En consecuencia, la regulación de la LCE se centra en establecer tanto normas generales como específicas, pero únicamente para los contratos declarados administrativos por su objeto. Para el resto se mantuvo el criterio tradicional de preferencia del derecho civil.

Por lo tanto, la LCE en su redacción inicial no incluía ninguna delimitación de los contratos administrativos de carácter especial. La primera conceptualización de dichos contratos, aunque de forma tenue, se produce con la modificación operada en la LCE con la aprobación de la Ley 5/1973, de 17 de marzo.

En su exposición de motivos desvela que uno de sus propósitos es fijar tanto el régimen jurídico de los contratos administrativos como el de los que no revisten tal condición. Así, en el texto de la norma, en el capítulo primero del título preliminar, se concretan las disposiciones generales a las que deberán ajustarse los contratos que formalice la Administración del Estado. En primer lugar, en el artículo 2 se relacionan los negocios jurídicos que quedan fuera del ámbito de la ley. Pero lo más relevante lo encontramos en el artículo 4, que establece una serie de reglas en relación con el régimen jurídico de los contratos, distinguiendo tres supuestos:

1) Los contratos que tengan por objeto directo obras, gestión de servicios públicos y suministros¹², que tienen carácter administrativo¹³.

2) Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad o cualquiera otros, que tengan carácter administrativo, *“por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”*¹⁴.

3) Los contratos distintos de los anteriores que no tengan carácter administrativo, al no estar incluidos entre los supuestos previstos.

10 Capítulos primero y segundo del título preliminar.

11 En defecto de normas privativas, debían observarse las siguientes reglas: si se trataba de contratos que por su naturaleza debían someterse al ordenamiento jurídico-administrativo, este debía actuar como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables las contenidas con tal carácter en dicha ley; si la naturaleza del contrato excluía la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, se observarían los principios sobre competencia y procedimiento.

12 Aunque no figuren en este precepto los contratos de servicios, se declaró subsistente la regulación del Decreto 916/1968, de 4 de abril, por el que se regula la contratación de estudios y servicios técnicos con sociedades y empresas consultoras por los departamentos ministeriales, que fue adaptada a las normas de la LCE mediante el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los contratos de asistencia que realice la Administración del Estado y sus organismos autónomos con empresas consultoras o de servicios.

13 Estos contratos se rigen en su preparación, adjudicación, efectos y extinción por la LCE y disposiciones reglamentarias, supletoriamente por las restantes normas del derecho administrativo y, en su defecto, por las normas del derecho privado.

14 En su preparación, adjudicación, efectos y extinción, se regirán por sus normas administrativas especiales; en su defecto, por las normas relativas a los contratos anteriores; finalmente, por las demás normas del derecho administrativo y, en su defecto, por las normas del derecho privado.

De las reglas expuestas extraemos que se produce la primera separación entre los contratos administrativos y los privados. La categoría de contratos administrativos es la más amplia, ya que comprende los contratos que figuran en las dos primeras reglas. En la primera se encuentran los que revisten tal condición por su objeto: obras, gestión de servicios públicos y suministros. Y en la segunda, aquellos cuya pertenencia viene determinada por el cumplimiento de alguno de los supuestos previstos en la propia ley.

Para el Tribunal Supremo, esta importante innovación de la legislación contractual que permitió atribuir carácter administrativo no solo a los contratos por su objeto, sino a los que tuviesen tal carácter por declaración legal o por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hicieran precisa una especial tutela de interés público para su desarrollo tuvo un importante efecto al sustituir el tradicional criterio de supletoriedad (preferencia de lo civil) por el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, como derecho objetivo autónomo establecido¹⁵.

Con esta delimitación se nos presentan dos tipos de contratos administrativos. Los contratos que la doctrina ha denominado "*típicos*", que son administrativos por su objeto y que han ido variando a lo largo del tiempo¹⁶. Y los que son considerados "*de naturaleza administrativa especial*" porque así lo haya dispuesto una ley o porque concorra alguno de los requisitos fijados en la norma.

Con posterioridad, al ser aprobado mediante el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, el Reglamento general de contratación del Estado, tras clasificar en su artículo 7 los tres tipos de contratos: administrativos de obras, gestión de servicios públicos y suministros (nominados), administrativos especiales y privados, determina cuáles son los contratos administrativos especiales. Dentro de estos, distingue cuatro grupos. Un primer grupo, que son los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad o cualquiera otros en los que concurren las circunstancias siguientes: que lo declare expresamente una ley, que esté directamente vinculado al desenvolvimiento regular de un servicio público o que revista características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, requisitos que son los establecidos en la regla segunda de la LCE, en la redacción dada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo (artículo 4.2). Y después se incluyen tres grupos más: los de asistencia con empresas consultoras o de servicios referidos en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril; los forestales regulados por la legislación de montes con tal carácter; y los de transporte de correos, personal, material, artículos o efectos militares u otros bienes y valores del Estado.

Es importante destacar que entre los contratos que se relacionan de manera indicativa como los que podrán ser calificados como administrativos especiales, si se cumple la segunda regla de la ley, se encuentran los de contenido patrimonial o los arrendamientos. No obstante, debido a la dicción del precepto, está claro que no se trata de *numerus clausus*, sino que la lista queda abierta. De esta forma, cualquier otro contrato de derecho privado podría ser calificado de contrato administrativo especial cuando cumpliera cualquiera de los criterios

15 Así lo expresó en la Sentencia n. 583/2001, de 8 de junio (Sala de lo Civil), en la que recoge la alocución de la Sentencia de la misma sala de 7 de noviembre de 1983. Basándose en el cambio producido, el tribunal consideró administrativo el contrato de redacción de un proyecto de construcción de un edificio destinado a biblioteca porque el contrato revestía características que hacían precisa una especial tutela del interés público para su desarrollo (RJ 2001, 5540).

16 Pues la tipificación responde en gran medida del uso reiterado que hace la Administración pública de determinados contratos para el cumplimiento de sus atribuciones.

expuestos en la ley, aunque su interpretación debía efectuarse de forma estricta, pues únicamente si se daban las especiales características definidas por el legislador: declararlo una ley, vinculación directa al desenvolvimiento regular de un servicio público o que sus características intrínsecas requirieran que la tutela del interés público fuera especial, podían ser calificados como administrativos especiales.

Por último, de forma residual estarían los contratos privados, al establecer la LCE que en este grupo se encontraban los contratos que no tenían carácter administrativo por no estar incluidos dentro de los supuestos previstos en la segunda regla.

La principal consecuencia de esta nueva regulación fue el incremento en la calificación como contratos administrativos de los que con la legislación anterior hubieran sido calificados como contratos privados cuando respondían a un fin público, sobre todo en los de carácter patrimonial y en los enumerados a modo de ejemplo en la ley.

Esta expansión del carácter administrativo de los contratos, que atiende a la finalidad pública que persigue la Administración que realiza el contrato, está presente en el razonamiento empleado, entre otras, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de octubre de 1983 (RJ 1983, 5846), en la que calificó de administrativo un contrato de compraventa de terrenos de pertenencia municipal que tenía como fin favorecer la creación de industrias y el consiguiente aumento de puestos de trabajo. En ella el tribunal subraya que:

“Al enfrentarse con el tema de la distinción entre los contratos privados y los administrativos, la doctrina científica y la jurisprudencial prescinden del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común para atenerse primordialmente al objeto y finalidad del negocio, de tal suerte que la materia del contrato administrativo versará sobre un servicio público, entendida la expresión en el más amplio sentido para comprender las actividades de la Administración que tiendan a satisfacer un interés general propio de su competencia, y por consiguiente estará incluido en el concepto todo lo que no sea gestión mercantil o actuación relacionada con el dominio privado, lo que permite concluir que por lo general se estará ante un negocio de dicho carácter siempre que el órgano de la Administración intervenga en el campo específico de su cometido, lata acepción que asimismo se obtiene del art. 4.º de la Ley de contratos del Estado según la modificación de 17 de marzo de 1973, cuya regla segunda abarca la actividad típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su concreta competencia funcional; razones por las cuales esta sala, que ya propugnó «el sentido amplio» en la interpretación de lo que ha de entenderse por servicio público –S. de 22 de noviembre de 1967–, niega carácter civil al contrato de enajenación de solar para la edificación de viviendas destinadas a satisfacer un interés general –S. de 16 de diciembre de 1970– y al celebrado por la Administración y un particular para la elaboración de un proyecto de construcción de un edificio público –S. de 11 de mayo de 1982– orientación también seguida por la Sala Cuarta, que atribuyó naturaleza administrativa al contrato por el cual un ayuntamiento enajenó bienes propios con la obligación de construir en determinado plazo, precisando el tipo y las particularidades del inmueble –S. de 2 de marzo de 1973–”.

Asimismo, se puede constatar que el carácter administrativo de un contrato derivado de esta visión finalista, dada la amplitud del concepto de servicios públicos, deberá sustentarse en la definición negativa o excluyente del servicio público, tal como se precisa en la Sentencia

Regap



ESTUDIOS

del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, de 30 de octubre de 1990 (RJ 1990, 8400), que sostiene que:

“Tienen carácter administrativo tanto los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos a cargo de las entidades locales como los distintos de las de obras y servicios, de contenido patrimonial (préstamos, depósitos, transportes, arrendamientos, compraventas, sociedades o cualquier otro) que por su vinculación directa al desenvolvimiento regular de un servicio público tienen carácter administrativo; señalando con claridad la Sentencia de la Sala 1.ª de este Tribunal de 30 de abril de 1986 que, dada la amplitud del concepto de servicios públicos, el concepto de contrato administrativo viene determinado doctrinalmente por la definición negativa o excluyente del servicio público, es decir, cuando el contrato no tiene por objeto la gestión del dominio privado, patrimonial o mercantil de la Administración, el contrato será administrativo”¹⁷.

Por lo tanto, es importante tener en cuenta que gran parte de la jurisprudencia que ha calificado contratos patrimoniales como contratos administrativos deriva de esta concepción teleológica, de manera que, basándose en esta visión finalista, los contratos privados ocupan en este momento un lugar residual.

2.2 Refuerzo de los contratos administrativos especiales y mejora en su deslinde de los contratos privados que mantienen su carácter residual

Con la aprobación de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (en adelante, LCAP), se promulga por primera vez una norma básica en materia de contratación pública para todas las administraciones públicas, lo que motiva el cambio de denominación. Su principal pretensión es someter a esta ley toda la actividad contractual de las administraciones públicas, salvo los negocios expresamente excluidos¹⁸, de forma que se establece tanto el régimen jurídico de los contratos administrativos como el de los contratos privados.

En el artículo 5 de la LCAP se delimita el carácter administrativo y privado de los contratos del siguiente modo:

“2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales.

b) Los de objeto distinto de los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración

17 La aplicación de este concepto de servicio público es realizada por esta misma sala del TS, en su Sentencia de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1430), cuando califica de administrativo el arrendamiento de instalaciones de su propiedad destinadas a la proyección cinematográfica y realización de actos de naturaleza cultural y artística en general, debido a que dicha prestación del servicio público era competencia de la corporación cuando se formalizó el contrato y podía prestarla mediante gestión indirecta.

18 Entre los contratos que quedan fuera de la ley, ya hay una referencia a los contratos financieros, en la letra k) del artículo 3.1: *“Los contratos relacionados con la compraventa y transferencia de valores negociables o de otros instrumentos financieros y los servicios prestados por el Banco de España”.*

contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables”.

En esta delimitación de los contratos observamos que se han producido algunas variaciones. En primer lugar, se persigue consolidar la división de los contratos de la Administración en dos grandes grupos: administrativos y privados. Y, aunque los contratos privados siguen teniendo un carácter residual, algunos de los que se enumeraban a modo de ejemplo en la LCE, como los que podrían tener carácter administrativo especial por el cumplimiento de los criterios fijados, ahora figuran relacionados en el grupo de los contratos privados, lo que denota un cambio de tendencia.

En segundo lugar, dentro de los contratos administrativos están los que lo son por su tipología, y los que lo son por declararlo una ley o porque cumplen con los criterios descritos, que han variado respecto a la LCE. Recordemos que la LCE establecía como requisitos alternativos *“su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público”* o *“revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE), al comparar la nueva caracterización de los contratos administrativos especiales recogida en la LCAP, en relación con la regulación precedente, estimó que, de existir alguna diferencia, sería para *“ampliar el campo de los contratos administrativos especiales, pues la ‘vinculación’ al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría aquellos contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate”* (Informe 5/96, de 7 de marzo de 1996).

En cuanto al régimen jurídico de los contratos, además de establecer normas concretas para los contratos administrativos típicos, como hacía la LCE, se incorporan disposiciones generales para todos los contratos que formalicen las administraciones públicas y, junto a ellas, se incluyen normas específicas para los contratos de naturaleza administrativa especial. En esta mención expresa al régimen jurídico de los contratos administrativos especiales, se dispone que se regirán con carácter preferente por sus propias normas y que el orden jurisdiccional competente es el contencioso-administrativo (artículo 7). También se exige en el artículo 8 que en sus pliegos de cláusulas administrativas particulares se haga constar:

“a) Su carácter de contratos administrativos especiales.

b) Las garantías que el contratista debe prestar para asegurar el cumplimiento de su obligación.

c) Las prerrogativas de la Administración para interpretar el contrato, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público, acordar su resolución y determinar sus efectos.

Regap



ESTUDIOS

d) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos”.

Por lo que se refiere a los contratos privados, reiteramos que la ley incluye expresamente los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, y se dispone que se regirán por la legislación patrimonial de las administraciones públicas (artículo 9.1 LCAP), lo que, como ya hemos apuntado, no obsta para que, en el caso de que concurriera alguna de las circunstancias especiales especificadas en el artículo 5.2.b) de la LCAP, dichos contratos pudieran ser calificados como administrativos especiales, razón que nos lleva a mantener que los contratos privados siguen siendo la categoría subsidiaria.

Sin embargo, hemos de convenir con FUERTES LÓPEZ¹⁹ en que, con la nueva redacción en la calificación de los contratos patrimoniales, el legislador parece inclinarse por atribuirles carácter privado, por lo que consideramos que su pretensión ha sido clarificar la finalidad pública que debe ser exigida para que un contrato patrimonial pueda ser calificado como administrativo especial, pues por imperativo constitucional compete a la Administración la satisfacción del interés público. Por lo tanto, la fórmula seleccionada exige que dicha finalidad sea de la competencia específica de la Administración contratante y que esté vinculada a satisfacer de forma directa o inmediata dicha finalidad pública. Así, lo que impone es que exista una clara y esencial relación entre el contrato y la finalidad pública perseguida por la Administración pública.

Aunque, como veremos, no se puede negar que, al mismo tiempo que se va fijando el contenido de los contratos administrativos nominados, también se va produciendo para el resto de contratos una paulatina atracción hacia el derecho privado.

Una de las modificaciones más importantes de la LCAP fue la realizada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, que, en relación con el tema que nos ocupa, suprime de entre los contratos típicos el de trabajos específicos y concretos no habituales²⁰. Asimismo, pretende clarificar el régimen jurídico de determinados contratos. Destaca en este sentido que la propia ley fija el carácter privado de algunos contratos y se incrementan las disposiciones específicas para los contratos de naturaleza administrativa especial (artículo 8).

En cuanto a la dicotomía entre contratos administrativos y privados, la redacción del artículo 5 es la siguiente:

1. Los contratos que celebre la Administración tendrán carácter administrativo o carácter privado.

“2. Son contratos administrativos:

a) Aquellos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o

19 FUERTES LÓPEZ, M., “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.

20 Según su exposición de motivos, la supresión de esta figura se debe a las dudas y dificultades que su carácter residual y su definición negativa habían suscitado en la práctica. Además, se estima que su objeto puede atenderse perfectamente a través de los contratos de consultoría y asistencia.

de servicios, excepto los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos.

b) Los de objeto distinto de los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella o por declararlo así una ley.

3. Los restantes contratos celebrados por la Administración tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables, así como los contratos comprendidos en la categoría 6 del artículo 206 referente a contratos de seguros y bancarios y de inversiones y, de los comprendidos en la categoría 26 del mismo artículo, los contratos que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos".

Entre las disposiciones específicas que se incluyen para los contratos administrativos especiales, destaca el aumento de los aspectos que deben precisarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, de forma que a los exigidos en la redacción inicial de la LCAP, algunos de los cuales modifican su redacción, se añade que constará el alcance de las prórrogas, que no podrán producirse por consentimiento tácito, y las causas específicas de resolución del contrato que se establezcan expresamente.

Tras esta modificación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares de los contratos administrativos especiales se hará constar, según el artículo 8.2:

"a) Su carácter de contratos administrativos especiales.

b) Las garantías provisionales y definitivas.

c) Las prerrogativas de la Administración a que se refiere el artículo 60.1.

d) El alcance de las prórrogas, sin que puedan producirse las mismas por mutuo consentimiento tácito.

e) Las causas específicas de resolución que se establezcan expresamente.

f) La competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de las cuestiones que puedan suscitarse en relación con los mismos".

Asimismo, la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, establece causas específicas de resolución para los contratos administrativos especiales²¹.

21 En el artículo 8.3 se establece que "Serán causa de resolución, además de las establecidas en el artículo 112, las siguientes:

- a) La suspensión por causa imputable a la Administración de la iniciación del contrato por plazo superior a seis meses a partir de la fecha señalada en el mismo para su comienzo, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- b) El desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.
- c) Las modificaciones del contrato, aunque fueran sucesivas, que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos, al 20 por 100 del precio primitivo del contrato, Impuesto sobre el Valor Añadido excluido, o representen una alteración sustancial del mismo".

La consecuencia de la precisión realizada en cuanto al régimen jurídico de los contratos administrativos y privados que celebren las administraciones públicas es que tendrán la consideración de contratos privados, debido a que es la propia ley la que lo establece, los servicios referentes a contratos de seguros, bancarios y de inversiones (categoría 6 del artículo 206). También serán contratos privados los servicios que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos (categoría 26 del artículo 206).

Las sucesivas modificaciones realizadas en la LCAP motivaron la aprobación del Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas (en adelante, TRLCAP). En este persiste la dicotomía entre contratos administrativos y privados. Además, mantiene las disposiciones generales aplicables a todos los contratos de las administraciones públicas, las disposiciones precisas para los contratos administrativos típicos y las específicas para los contratos de naturaleza administrativa especial. En cuanto a los contratos típicos, hay que destacar la incorporación del contrato de concesión de obras públicas que se produce posteriormente, mediante la modificación realizada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública.

También hay que reseñar que el continuo interés por precisar el régimen jurídico de los contratos administrativos especiales motivó que el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado por el Real decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante, RGLCAP), impusiera que el pliego de cláusulas administrativas particulares contuviera las especificaciones que por la naturaleza y objeto del contrato fueran necesarias para definir los pactos y condiciones de este, además de incluir aquellos datos establecidos en el artículo 8 de la ley y los exigidos con carácter general para todos los contratos en el artículo 67.2 del reglamento (artículo 3), al mismo tiempo que dispuso que dichos datos específicos deberían figurar en el documento de formalización del contrato (artículo 71.8).

Como se ha expuesto, la tendencia en la calificación del carácter administrativo especial de los contratos permite apreciar un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio de servicio público, para atender al ámbito específico de actuación de la Administración pública, exigiendo una relación más directa entre el objeto del contrato y la finalidad pública. Esta delimitación fue perfeccionándose hasta fijar mediante enumeración los contratos que debían ser calificados en todo caso como privados, al ser referenciados por su categoría y artículo para evitar cualquier género de duda. Como se ha indicado, este fue el caso de los contratos que tenían por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos²², así como los financieros.

2.3 La transformación del contrato administrativo especial: el carácter supletorio otorgado por la Ley 30/2007

En la regulación vigente, contenida en el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP), que se ha mantenido en términos similares a la Ley 30/2007, de 30 de octubre,

22 Vid. la Sentencia n. 18/2007, de 24 de enero, del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), que calificó como privado un contrato de ejecución de interpretación artística, celebrado por un ayuntamiento con ocasión de las fiestas patronales, partiendo del examen de la evolución legislativa de la figura del contrato administrativo especial y atendiendo a la realidad social del tiempo en que debía ser aplicada (RJ 2007, 710).

de contratos del sector público [en adelante, LCSP (2007)]; para los contratos realizados por una Administración pública persiste la diferenciación de los contratos entre administrativos y privados. Sin embargo, hay que recordar que la LCSP (2007) pretende dar un nuevo enfoque a la legislación de los contratos públicos²³. Su planteamiento es sustituir nuestro tradicional modelo de regulación, sustentado en los contratos administrativos celebrados por las administraciones públicas, por una nueva norma cuyo ámbito sea más amplio, tanto en el aspecto subjetivo como objetivo en la incorporación de las prescripciones provenientes del derecho europeo²⁴.

Siguiendo esta orientación, la LCSP (2007) introdujo una nueva configuración de las categorías contractuales²⁵. A diferencia de lo que ocurría en el TRLCAP, los contratos típicos ya no tienen relación con los contratos administrativos, sino que se parte de una definición de estos contratos²⁶, para después determinar qué contratos tendrán carácter administrativo y cuáles carácter privado. Con la nueva regulación, los contratos administrativos se reservan para las administraciones públicas, que también pueden suscribir contratos privados en determinados casos, mientras que todos los contratos formalizados por los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la condición de Administración pública tendrán la consideración de contratos privados (artículo 20.1 TRLCSP).

La primera consecuencia de esta nueva regulación, que fue advertida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (en adelante, JCCAAr), es que prima la tipificación, al margen del régimen jurídico, lo que supone que el contrato administrativo especial tiene carácter residual²⁷.

Asimismo, en cuanto a la categoría de los contratos privados, hay que destacar que se precisa su definición y que esta se amplía.

Centrándonos en los contratos suscritos por las administraciones públicas, según dispone el artículo 19 del TRLCSP, tendrán carácter administrativo los contratos siguientes:

“a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo no tendrán carácter administrativo”.

23 MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 101-103.

24 De modo que, dentro de la ley, se identifican los contratos que están sometidos a las disposiciones del derecho europeo, que se recogen bajo la denominación “contratos sujetos a regulación armonizada”. Para su delimitación se atiende a la entidad contratante, a la tipología del contrato y a su cuantía.

25 La necesidad de aclarar esta nueva configuración para evitar confusiones en la utilización de los regímenes jurídicos fue advertida por MORENO MOLINA, J.A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 185.

26 Como analizaremos en el apartado siguiente, la delimitación de los tipos contractuales responde a las definiciones contenidas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

27 Informe 19/2008, de 4 de septiembre, en el que manifiesta que “de la actual regulación se desprende el carácter residual de la categoría del contrato administrativo especial, primando la tipificación, al margen del régimen jurídico, que contiene la Directiva 2004/18, de 31 de marzo, de contratos públicos”. La afirmación del carácter residual de los contratos administrativos especiales respecto de los contratos típicos es también compartida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Catalunya (Informe 13/2014, de 22 de julio).

Antes de examinar qué contratos administrativos tendrán naturaleza administrativa especial, conviene hacer un inciso sobre los contratos típicos. En primer lugar, hay que destacar la supresión de los contratos de consultoría y asistencia, cuya nota definitoria principal fue su carácter intelectual, aunque su delimitación con los contratos de servicios fue en determinados casos compleja²⁸.

También es conveniente precisar cómo la figura del contrato de servicios amplía su objeto, al ser definido por exclusión de los contratos de obras y suministros, lo que no deja lugar a dudas sobre su expansión y la atracción de las prestaciones que eran definidas en el TRLCAP como contratos de consultoría y asistencia. Además, en el anexo II de la ley se enumeran las actividades que pueden ser su objeto. Dicho anexo se divide en 27 categorías, de las cuales la última tiene carácter residual, pues incorpora el resto de servicios que se adapten a la definición de estos contratos, de modo que se puede concluir que incluyen prácticamente todas las prestaciones de servicios posibles²⁹, aunque habrá que tener en cuenta que algunos son expresamente calificados como contratos privados por la propia ley.

Según dispone el artículo 19 del TRLCSP, además de los contratos típicos, también tendrán carácter administrativo:

“b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una ley”.

Con la redacción de este precepto, los contratos administrativos especiales quedan constreñidos. Tanto es así, que la JCCAva, en el antedicho Informe 9/2009, de 14 de diciembre, manifestó que su aplicación se había visto enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en los que una ley así lo estableciera.

Esta situación deriva, en primer lugar, porque se impone que su objeto debe ser distinto del de los contratos típicos³⁰, que como ya hemos indicado han acrecentado su ámbito debido sobre todo a la nueva delimitación del contrato de servicios que lo convierte en cajón de sastre³¹. Para la JCCAAr, la amplitud de la configuración del contrato de servicios exige que muchos de los contratos que eran calificados basándose en la legislación anterior como administrativos especiales deban ser recalificados como contratos de servicios³².

28 Vid. Informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998, de la JCCAE, en el que se examina la delimitación entre ambos contratos.

29 Informe 9/2009, de 14 de diciembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat de Valencia (en adelante, JCCAva).

30 En este sentido, el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público afirmó que “la calificación de los contratos como «administrativos especiales» tiene carácter particularmente residual, dejándola reservada a contratos que claramente no encajen con ninguno de los tipos contractuales regulados en el TRLCSP” (Resolución 92/2014, de 27 de junio).

31 Como han señalado, entre otros, GIMENO FELIÚ, J.M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010, y GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratos administrativos especiales (I)”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010, pp. 60-67.

32 Recomendación 1/2011, de 6 de abril.

Y, en segundo lugar, porque un contrato no podrá ser calificado como administrativo especial si la ley le atribuye expresamente el carácter de contrato privado, a diferencia de lo que ocurría en la regulación precedente, en la que era habitual que un contrato que en principio se definía como privado se calificase como administrativo especial cuando existía una vinculación del contrato al servicio público o al giro o tráfico específico de la Administración contratante.

La consecuencia es que, con la nueva regulación de los tipos contractuales, los contratos administrativos especiales pasan a ser la categoría residual, colocándose en el lugar que ocupaban los contratos privados en el TRLCAP³³.

En relación con la posibilidad de que una ley declare la naturaleza especial de un contrato, debemos mencionar que el propio TRLCSP, en su artículo 24, califica como tales los contratos para la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o prestación de servicios que se firmen con empresarios particulares y que se efectúen en colaboración con la Administración, siempre que concurren determinadas circunstancias y con los límites que se establecen para cada tipo.

Los colaboradores serán seleccionados mediante los procedimientos de adjudicación establecidos con carácter general en la ley, salvo en caso de emergencia. Se trata, por lo tanto, de supuestos que permiten, aunque con carácter excepcional y en ocasiones específicas, que la Administración realice la prestación contando con colaboradores externos calificando los contratos que celebren con ellos como administrativos especiales.

Se ha considerado que el establecimiento de contratos administrativos especiales mediante ley tendría que respetar necesariamente los criterios de calificación consagrados en el TRLCSP. Se utilizarían para evitar dudas en la práctica, para tratar contratos con nuevos objetos o para los de especial trascendencia³⁴.

No obstante, esto no parece haber ocurrido con la calificación de los contratos de aprovechamientos forestales bajo la figura del contrato administrativo especial, realizada por la Ley 21/2015, de 20 de julio, que modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de montes, ya que esta norma ha generado dudas en cuanto a su extensión.

Tradicionalmente se había distinguido entre los concertados para el aprovechamiento forestal, que eran considerados administrativos especiales, y los relativos al mantenimiento y conservación de montes o de obras forestales, que se calificaban como contratos administrativos

33 BERNAL BLAY, M.A., "Contrato administrativo especial", Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 157-159. Este autor describe de forma muy clara cuáles eran los pasos a seguir a la hora de calificar un contrato, aplicando las reglas contenidas en el TRLCAP, y cómo cambiaron con la aprobación de la LCSP (2007). Cuando estaba en vigor el TRLCAP, si una Administración tenía que realizar un contrato, lo primero que hacía para calificarlo era examinar si su objeto encajaba dentro de los contratos típicos. En caso negativo, comprobaba si se daba alguno de los supuestos para calificarlo como contrato administrativo especial, empezando por comprobar si así lo declaraba alguna ley. Solo cuando no concurría ninguna de las circunstancias anteriores podía calificarse como contrato privado, en especial los negocios jurídicos sobre bienes inmuebles, contratos de seguros, bancario, de creación artística y literaria o los de espectáculos, aunque dichos contratos privados podían ser calificados como administrativos especiales si tenían encaje dentro del giro o tráfico de la Administración que los celebraba o si mediante su concertación esta actuaba en el ámbito de sus competencias. Precisamente, este era el método seguido por los tribunales para decidir sobre el carácter administrativo o privado de un contrato, como se puede comprobar en el fundamento segundo de la STS 781/2007, 25/06/2007 (Sala de lo Civil, Sección 2.ª). Mediante la regulación de los tipos realizada por la LCSP (2007), el proceso se invierte, pues si al contrato se le ha atribuido el carácter de privado no podrá calificarse de contrato administrativo especial, salvo que venga determinado por la ley.

34 BERNAL BLAY, M.A., "Contrato administrativo especial", cit., p. 157.

típicos. Sin embargo, la ley no deja claro si todas estas prestaciones deben ser calificadas como contratos administrativos especiales³⁵.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 20 del TRLCSP, los contratos celebrados por una Administración pública serán privados cuando tengan por objeto:

“Servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II, la creación e interpretación artística y literaria o espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo, y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, así como cualesquiera otros contratos distintos de los contemplados en el apartado 1 del artículo anterior”.

Como podemos comprobar, en la relación de contratos que serán considerados como privados destaca como novedad con respecto al TRLCAP la inclusión de la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, que ya figuraban en la redacción original de la LCSP (2007).

Por último, también resulta necesario hacer una breve mención a algunos de los contratos que quedan exceptuados de la aplicación de la ley. Nos referimos a los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas (salvo que recaigan sobre programas de ordenadores y deban calificarse como contratos de suministro o servicios). Estos contratos en el TRLCAP se recogían dentro de los contratos privados (artículo 5.3), mientras que ahora se incluyen dentro de los negocios jurídicos excluidos, aunque siguen teniendo carácter de contratos privados y estarán regulados por la legislación patrimonial [artículo 4.p) TRLCSP]³⁶, contratos que en algunos supuestos, basándose en su finalidad pública, fueron considerados por la jurisprudencia como administrativos en aplicación de la normativa anterior, y que deberán ser considerados en todo caso como privados³⁷.

En consecuencia, debemos concluir que la aprobación de la LCSP (2007) redujo los contratos que podían ser calificados como administrativos especiales. Por un lado, por la amplitud de la definición que establece de los contratos típicos, en especial los de servicios. Por otro lado, porque los contratos patrimoniales ya no pueden ser reconducidos a este tipo, porque han pasado a regularse por su legislación específica. Y, finalmente, a causa de que ya no podrían calificarse como administrativos especiales los que tuvieran expresamente atribuido el carácter de privados en la propia ley.

35 Vid. SANMARTÍN MORA, M.A., “Novedades en materia de contratos de aprovechamientos forestales”, <http://obcp.es>, 14 de septiembre de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

36 Estos contratos se regirán por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, aunque hay que tener en cuenta las constantes remisiones de esta norma a la legislación de contratos, que rebaja su vinculación al derecho privado. En dichos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean objeto de los contratos típicos si su valor es superior al 50 por 100 del importe del negocio jurídico o si no tienen con la prestación del contrato patrimonial el vínculo y complementariedad exigida a los contratos mixtos. En ambos supuestos, dichas prestaciones deberán contratarse de forma independiente conforme a las disposiciones del TRLCSP.

37 Vid., a este respecto, el pronunciamiento de la JCCAAR contenido en el ya citado Informe 25/2008, de 3 de noviembre.

3 Influencia del derecho europeo en la configuración del contrato administrativo especial

Aunque la transformación que se ha producido en la regulación de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español resulta obvia, no deja de ser relevante analizar sus motivos, pues estos han incidido en la constitución del contrato administrativo especial.

Parte de este cambio trae su origen del incremento de entes y organismos que sin ser Administración pública se han convertido en sujetos contratantes³⁸, así como de la variedad de prestaciones que por su uso recurrente se han ido constituyendo en tipos nominados. Pero, de entre todas las causas, destaca la obligación de adaptar nuestro derecho al de la Unión Europea, que, en su empeño por lograr un mercado interior único, ha ido ampliando su marco regulatorio en el ámbito de la contratación pública para aproximar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que la integran.

Así, el derecho europeo ha pasado de establecer un régimen común para la contratación pública, iniciado con la delimitación de los sujetos y la tipificación de los contratos de obras, servicios y suministros, y que se centraba en los aspectos que afectaban a la adjudicación, a extender su objeto regulatorio a la fase relativa a la ejecución de los contratos. Este marco jurídico, con la aprobación del nuevo paquete legislativo europeo, se ha extendido también a las concesiones de servicios, mediante la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión³⁹.

En este sentido, hay que resaltar los esfuerzos realizados por el legislador español en la última década para superar la inadecuada trasposición de las directivas sobre contratación pública. Principalmente destaca la aproximación de los dos ámbitos fundamentales para la calificación en nuestro derecho de un contrato como administrativo, sea nominado o de naturaleza administrativa especial, el subjetivo y el objetivo.

Recordemos brevemente cómo la aprobación de la LCSP (2007) supuso una aproximación al contenido de las normas comunitarias en esta materia. Se construyó una ley reguladora de la contratación pública en sentido amplio, pues frente al enfoque tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, que se limitaba a la contratación de las administraciones públicas, la nueva norma se extendió a todas las entidades que conforman el sector público, aunque distinguiendo los regímenes jurídicos de aplicación, atendiendo a cuál fuera el poder adjudicador.

También supuso un avance en la delimitación de los tipos contractuales, ya que se produjo un acercamiento a los fijados por el derecho europeo. Desaparecieron los contratos de consultoría y asistencia, que quedaron integrados en los contratos de servicios, y se incorporaron los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Sin embargo, se mantuvo el contrato de gestión de servicios públicos, dividido, como es sabido, en las modalidades de concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

38 Sobre la problemática en el derecho administrativo español en relación con determinadas entidades de derecho privado que, realizando funciones administrativas, no se sujetaban al sistema contractual público, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 80-82.

39 Después de varios intentos y a pesar de valoraciones críticas de otras instituciones comunitarias y de las posiciones contrarias de algunos Estados miembros, en especial Francia, se ha impuesto el criterio de la Comisión Europea de regular el mercado concesional. Sobre el debate suscitado acerca de la necesidad de llevar a cabo esta regulación y los objetivos que persigue, *vid.* LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013, pp. 146-151.

No obstante, recordemos que el régimen aplicable a los contratos del sector público se configura en función del poder adjudicador. Para los contratos celebrados por las administraciones públicas, persiste la tradicional categorización de los contratos en administrativos y privados, según se aplique el derecho administrativo o el derecho privado, diferenciación ajena al derecho europeo⁴⁰, mientras que para el resto de entes que conforman el sector público que no tengan la consideración de Administración pública los contratos suscritos serán siempre contratos privados.

En esta misma línea avanza la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE⁴¹, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Se mantiene el planteamiento del ámbito subjetivo, sustentado en el concepto comunitario de poder adjudicador. Y, en la delimitación de los tipos contractuales, se apuesta decididamente por la tipología comunitaria, suprimiendo el contrato de gestión de servicios públicos, que es desplazado por la figura de la concesión de servicios. Asimismo, se mantiene la distinción entre contratos administrativos y privados, reservando los primeros solo para las administraciones públicas en determinados supuestos. Los contratos que firmen el resto de entidades públicas serán siempre privados.

La adopción en nuestro derecho de la definición de los tipos contractuales conforme al derecho europeo ha tenido gran relevancia en la calificación de los contratos administrativos especiales, pues, como ya se ha apuntado a lo largo de este trabajo, actualmente su existencia depende de que su objeto no se encuentre incluido en ninguno de los contratos típicos. Por lo tanto, examinaremos brevemente cuáles han sido estos cambios y su repercusión sobre ellos.

Previamente, también por su incidencia en la extensión de los contratos de naturaleza administrativa especial, señalaremos que la exclusión de los contratos patrimoniales recogida en el TRLCSP proviene de la exigencia establecida en la Directiva 2004/18/CE, que dispone que esta no será aplicable, debido a sus características especiales, a los contratos relativos a los contratos de servicios de adquisición o arrendamiento de terrenos, edificios u otros bienes inmuebles, o relativos a derechos sobre dichos bienes (considerando 24 y artículo 16)⁴², exclusión que la Directiva 2014/24/UE mantiene en los mismos términos [artículo 10.a)].

La delimitación de los contratos típicos de servicios y de gestión de servicios públicos, conforme a las definiciones de las directivas comunitarias, es la que mayor repercusión ha tenido y va a tener en los contratos de naturaleza administrativa especial, pues su expansión reduce el margen de pervivencia de estos contratos.

La configuración del actual contrato de servicios se debe a que la LCSP (2007) adoptó el concepto de servicios de la Directiva 2004/18/CE, definiéndolo como el que tiene por objeto prestaciones de hacer que se delimitan por exclusión de otros contratos y por referencia al

40 Como es sabido, al derecho europeo le resulta indiferente la naturaleza jurídica que los ordenamientos de los Estados miembros atribuyan a los contratos públicos, siempre que se respeten los principios de la contratación pública.

41 Directiva sobre contratación pública, por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.

42 Hay que reseñar que esta exclusión no es nueva, pues ya figuraba entre los contratos que debían ser excluidos de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios [artículo 1.a) iii)].

listado que se recoge en el anexo II de la ley⁴³. Ya hemos señalado que esta definición convierte a este contrato en residual respecto al resto de contratos típicos, lo que, unido a que se ha suprimido de su definición la exigencia de que la prestación tenga como destinatario directo a la entidad contratante, deja un estrecho margen para apreciar que los contratos tengan naturaleza administrativa especial, pues esta falta era uno de los elementos que determinaban su calificación⁴⁴.

También es preciso destacar la importancia que ha tenido el recurso a la nomenclatura CPV⁴⁵ para la identificación de las prestaciones y, en consecuencia, para su correcta calificación⁴⁶. Precisamente, la definición eminentemente negativa del contrato de servicios, que consiste en una obligación de hacer vinculada a que el objeto sea el desarrollo de alguna de las actividades del anexo II del TRLCSP, en referencia a los códigos CPV, ha motivado que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) haya considerado como contratos de servicios prestaciones que habían sido calificadas como contratos administrativos especiales por el órgano de contratación. A juicio de este tribunal, la calificación como administrativo especial únicamente debe emplearse para los contratos que no encajen en ninguna de las categorías del citado anexo. Así lo entendió, por ejemplo, al examinar un contrato que tenía por objeto la ejecución de campañas de publicidad y comunicación institucional en prensa escrita que había sido calificado como contrato administrativo especial. Para el tribunal, la prestación encajaba dentro de la categoría 13 del anexo II, "Servicios de publicidad", por lo que estimó que se trataba de un contrato de servicios⁴⁷.

En consideración a ambas precisiones, el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC) estimó que un contrato de servicio de ayuda a domicilio, que había sido tipificado como administrativo especial, era un contrato de servicios. Fue la concurrencia de prestaciones que en su totalidad podían "*incardinarse sin dificultad en la amplísima y residual definición de este tipo*", cuya delimitación provenía de las directivas europeas en materia de contratación pública, y que el anexo II del TRLCSP recogía como categoría 25 "Servicios sociales y salud", lo que le llevó a determinar que se trataba de un contrato de servicios⁴⁸.

El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid tampoco mantuvo la calificación como contrato administrativo especial atribuida a una prestación

43 Su definición se encuentra actualmente en el artículo 10 del TRLCSP, que establece que "*son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II*".

44 Sobre los criterios utilizados para distinguir los contratos administrativos especiales, *vid.* BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009, pp. 64-70.

45 El Vocabulario común de contratos públicos (CPV) fue aprobado por el Reglamento (CE) 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002 (DOCE n. L340, de 16-12-02), modificado por el Reglamento (CE) 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007 (DOUE n. L74, de 15-03-08).

46 Al mismo tiempo que ha favorecido la concurrencia en los procedimientos de contratación, ya que los contratistas pueden identificar de forma clara las prestaciones y así seleccionar los procesos a los que les interesa concurrir. También permite conocer los datos relevantes de los distintos contratos a efectos estadísticos, lo que será de gran ayuda tanto a los licitadores como a los poderes adjudicadores. A estos beneficios se refiere, entre otros, el trabajo de RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011, pp. 30-33.

47 Resolución 237/2013, de 20 de junio (Recurso 267/2013).

48 Resolución 32/2014, de 19 de marzo de 2014.

de servicios de atención domiciliaria, porque entendió que encajaba dentro de la misma categoría 25 del anexo II del TRLCSP⁴⁹.

Por lo tanto, debe quedar atrás el razonamiento de que las prestaciones de servicios que no tuvieran como destinatario directo a la propia Administración, sino a los ciudadanos, usuarios o terceros, no puedan ser calificadas como contratos de servicios⁵⁰, pues, como ya señaló BLANCO LÓPEZ, seguir este criterio incrementaba artificiosamente la categoría del contrato administrativo especial, incluyendo dentro de ella prestaciones que no reunían las características establecidas en la ley⁵¹.

Asimismo, dada la extensión y variedad de las actividades incluidas en los contratos de servicios, referenciadas por los códigos CPV, tampoco cabe calificar como contratos administrativos especiales los categorizados en consideración al carácter heterogéneo del contenido de sus prestaciones⁵². Como señaló el TACRC en relación con un contrato de asistencia técnica y colaboración en la gestión recaudadora municipal, gestión administrativa y de recaudación de multas de tráfico, y gestión de otras notificaciones municipales, la circunstancia de que el contrato contenga una pluralidad de prestaciones no otorga a un contrato la calificación de administrativo especial, sino la de contrato mixto⁵³.

En consecuencia, se debe concluir que muchos de los contratos calificados como administrativos especiales han sido absorbidos por el contrato de servicios⁵⁴, a lo que ha contribuido en gran medida la supresión de los contratos de consultoría y asistencia, cuyo deslinde con el contrato de servicios era complejo y generaba muchas dudas. Y, como examinaremos a continuación, por la incorporación de la concepción comunitaria de contratos de servicios por contraposición a la concesión de servicios, que incluye algunas prestaciones que nuestro derecho interno calificaba como contrato de gestión de servicios públicos.

Tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico español la nota distintiva y esencial del contrato de gestión de servicios públicos ha sido que la prestación objeto del contrato fuera un servicio público que se prestaba a los ciudadanos⁵⁵. Precisamente la falta de consideración de la actividad como servicio público motivó que algunos contratos fuesen calificados como administrativos especiales. Por el contrario, para el derecho europeo resulta irrelevante que la actividad que sea objeto de la concesión de servicios tenga la consideración o no de servicio público.

49 Resolución 197/2015, de 26 de noviembre (Recurso 193/2015).

50 Este criterio fue uno de los utilizados por la JCCAЕ en su informe 47/01, de 30 de enero de 2002. En este sentido, estimó que las actividades deportivas que iban a ser prestadas (senderismo, patinaje, gimnasia, baloncesto, etc.), que tenían como destinatarios a los alumnos de centros públicos docentes, adultos y vecinos del municipio, no podían ser calificadas como contratos de servicios porque las actividades no se prestaban a la Administración. Tampoco se consideraron subsumibles en el contrato de gestión de servicios públicos debido a que dichas prestaciones no estaban incluidas entre los servicios mínimos de competencia municipal.

51 BLANCO LÓPEZ, F., "Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003, p. 46.

52 Este criterio fue utilizado por la JCCAЕ en su Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999, en relación con un contrato que tenía por objeto la organización y desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios, en el que con vino que debía configurarse como contrato administrativo especial porque legalmente no tenía limitado su objeto.

53 Resolución 777/2014, de 15 de octubre (Recurso 713/2014).

54 GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, cit., pp. 139 y 140.

55 Numerosos informes de la JCCAЕ recogen ambos rasgos caracterizadores; por ejemplo, el Informe 37/95, de 24 de octubre de 1995, que calificó como contrato de gestión de servicios públicos los celebrados por el Instituto Nacional de la Salud para prestaciones sanitarias a los beneficiarios de la Seguridad Social.

No obstante, a medida que se ha ido construyendo la noción comunitaria de concesión de servicios, en el contrato de gestión de servicios públicos se ha ido produciendo paulatinamente una depuración en su tipología para acercarlo a dicha noción. En sus inicios fue el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) el que fue extrayendo las características que diferenciaban las concesiones del resto de contratos⁵⁶, hasta fijar como elemento esencial la traslación del riesgo operacional al contratista⁵⁷. Por lo tanto, el concepto de concesión de servicios del derecho europeo recogido en las directivas comunitarias se ha conformado a través de la jurisprudencia del TJUE.

La Directiva 2004/18/CE es la primera que incluye una definición de la concesión de servicios, positivizando el concepto emanado del TJUE, aunque esta figura estuviera excluida de su ámbito de aplicación. Según su definición, presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación consiste o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio o bien en este derecho acompañado de un precio.

En España, la concepción de la concesión de servicios del derecho europeo fue asumida a través de la doctrina de las juntas consultivas de contratación administrativa y de los tribunales de recursos contractuales⁵⁸. Esta aceptación tuvo como consecuencia que las consultas o conflictos surgidos en relación con prestaciones de servicios se examinasen a la luz de los elementos distintivos de los contratos públicos y concesiones de servicios configurados por la jurisprudencia del TJUE⁵⁹. De este modo, se puso de manifiesto que la delimitación de los contratos de servicios y las concesiones de servicios conforme a la noción comunitaria limitaba la existencia de los contratos administrativos especiales.

Así, por ejemplo, el TACRC, en su Resolución 203/2011, de 7 de septiembre (Recurso 172/2011), calificó como concesión de servicios un contrato que tenía por objeto la prestación de actividades juveniles para un centro deportivo y sociocultural militar del Ejército de Tierra que había sido calificado como contrato administrativo especial. Su justificación fue que del examen de las actividades que eran su objeto y su configuración implicaba la asunción del riesgo por parte del contratista. En esta resolución se recoge la delimitación comunitaria entre contratos públicos de servicios y concesiones de servicios cuando expresa que:

“El contrato de gestión de servicios públicos, especialmente en su modalidad concesional (...) se vincula también a la prestación de servicios, sin más diferencia, inicial, con el contrato de servicios que la forma de establecer la contrapartida para el contratista. Así, mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de explotación del mismo, de

56 Para un examen de los principales criterios delimitadores recogidos por la jurisprudencia del TJUE, *vid.* VÁZQUEZ LACUNZA, E. “El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español”, Almeida Cerrada, M., y Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015, pp. 293-296.

57 Jurisprudencia que se recoge tanto en sentencias previas a la aprobación de la Directiva 2004/18/CE como posteriores. Entre otras, por ejemplo, la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Conste y otros*, asunto C-234/03; la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08; o la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09.

58 En aplicación de la jurisprudencia comunitaria que establece que la calificación jurídica de los contratos compete al derecho de la Unión Europea, siendo indiferente la calificación que le atribuya el derecho interno de los Estados miembros (STJUE de 18 de enero de 2007, *Jean Aurox y otros contra Commune de Roanne*, asunto C-220/05, apartado 40; y STJUE de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, C-382/05, apartado 30; entre otras).

59 En particular, hay que destacar que los tribunales de recursos contractuales, para comprobar su competencia, valoraban la calificación del contrato efectuada por el órgano de contratación, a la que no estaban vinculados, ya que los contratos administrativos especiales no estaban incluidos entre los que eran objeto de recurso especial en materia de contratación.

tal forma que su mayor o menor retribución dependerá en todo caso del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio”.

También el OARC en su Resolución 76/2014, de 31 de julio, estimó que no era correcta la calificación como administrativo especial de un contrato que tenía por objeto los servicios de limpieza viaria, recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, renovación y explotación del complejo medioambiental municipal y otros servicios afines. Para determinar cuál era su calificación correcta analiza la transferencia del riesgo de explotación. Basándose en la falta de dicha transferencia, se descarta que se trate de un contrato de gestión de servicios públicos, y concluye que concurren las notas propias del contrato de servicios, pues, a juicio del tribunal, en el contrato de servicios según su *“definición caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer para gestionar directamente (es decir, sin transferencia del riesgo de explotación) un servicio de su propia competencia”.*

Sin embargo, la Directiva 2014/23/UE, además de establecer por primera vez una regulación específica y común para todas las concesiones⁶⁰, ya no define las concesiones de servicios por referencia a los contratos de servicios, sino que utiliza una definición residual, esta vez con respecto a las concesiones de obras⁶¹, aunque su caracterización sigue siendo la misma, ya que, como contraprestación a la gestión de los servicios que se encomienden, el concesionario tendrá derecho a la explotación de los servicios que son su objeto, pudiendo además adicionarse un pago. Asimismo, requiere que se transfiera al concesionario el riesgo operacional, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos⁶².

Pero lo más importante es que, como ya ocurría en la anterior definición de las concesiones, las prestaciones que pueden ser su objeto no precisan tener la consideración de servicios públicos, lo que supone que subsiste el choque con nuestra tradicional concepción de los contratos de gestión de servicios públicos, cuyo elemento básico era precisamente que la actividad fuera un servicio público. Esta concepción del derecho europeo implica que cualquier servicio susceptible de explotación puede calificarse como concesión de servicios, con lo que se mantiene la limitación del marco de los contratos administrativos especiales, ya que algunas contrataciones relativas a prestaciones de servicios que no se consideraban servicios públicos eran tipificadas como contratos administrativos especiales.

60 Hay que recordar que unifica la regulación de las concesiones tanto de servicios como de obras cuando estas últimas estuvieron incluidas en la Directiva 2004/18/CE, que dedicaba a su regulación el título III. Esta posición denota la voluntad del legislador comunitario de diferenciar las concesiones de los contratos públicos, tanto conceptual como procedimentalmente, aunque su marco jurídico no logre la extensión alcanzada por el de los contratos públicos, sino que se trate de una regulación de mínimos, *vid.* HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 170-178.

61 Concretamente, el artículo 5.1.b) define la concesión de servicios como *“un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”.*

62 Tal como prosigue el citado artículo 5.1: *“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdéniable”.*

4 Supuestos que en distintos momentos han sido calificados como contratos administrativos especiales

Si examinamos tanto la doctrina como la jurisprudencia, podemos constatar que las prestaciones que han provocado mayor confusión en cuanto a su posible calificación como contratos administrativos especiales han sido las de carácter patrimonial y las que tenían por objeto prestaciones de servicios. Estas últimas bien porque sus actividades debían estar comprendidas dentro de los distintos tipos que actualmente se integran en el contrato de servicios, bien porque no podían incluirse dentro de los contratos de gestión de servicios públicos⁶³. Sin embargo, las causas que han motivado la dificultad en su tipificación no han sido las mismas.

4.1 Prestaciones de carácter patrimonial

El problema de calificación de los contratos de carácter patrimonial se ha debido a que, cuando en su evolución atravesaron fases en las que pudieron ser considerados administrativos, dicha apreciación no se basó en su objeto, sino en su finalidad, por lo que siempre estuvo latente su concepción como contrato privado. Recordemos que, al hacer su aparición expresa en la LCE y ser identificados por su objeto, figuraban asociados al derecho privado. Fue cuando se incorporó como criterio identificador del carácter administrativo de un contrato la satisfacción de una finalidad pública, integrada como causa del contrato, cuando en atención a su cumplimiento se produjo la calificación de algunos de ellos como administrativos⁶⁴.

Han sido numerosos los pronunciamientos de los tribunales en los que los contratos que tenían por objeto prestaciones de carácter patrimonial fueron considerados como administrativos especiales. Y siempre lo han sido en atención a la aplicación de un criterio finalista o teleológico soportado en la finalidad de interés público perseguida por el contrato, según la normativa que fuese aplicable, bien por su relación directa con el desenvolvimiento regular de un servicio público o revestir características intrínsecas que hicieran precisa la tutela del interés público para su desarrollo, bien, con posterioridad, por su vinculación al giro o tráfico específico de la Administración o satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su competencia.

Como ejemplo, citaremos la ya referenciada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 13 de febrero de 1990 (RJ 1990, 1430), en la que precisamente, en atención a la finalidad pública perseguida por un contrato de arrendamiento de un centro cultural, el tribunal estimó que pertenecía a la esfera del derecho público. No obstante, los contratos de carácter patrimonial han sido considerados civiles cuando los tribunales han entendido que no existía ninguna finalidad pública en el contrato suscrito. Por ejemplo, el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia de 19 de octubre de 1981 (RJ 1981, 4484),

63 Sobre la confusión que se ha generado entre los contratos de gestión de servicios públicos, los contratos de servicios y los contratos administrativos especiales, y las diferencias existentes entre ellos, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, R.M.³, y GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009, pp. 33-41.

64 Para examinar algunas de las controversias surgidas en la calificación de los contratos inmobiliarios y su evolución, *vid.* CONTRERAS ORTIZ, M.M.³, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de contratos del sector público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008, pp. 21-32.

consideró que la naturaleza de un contrato era privada debido a que tenía por objeto la venta en subasta pública de un edificio de un ayuntamiento con fines privados⁶⁵.

Ahora bien, como ya se ha precisado, con la aprobación de la LCSP (2007) los contratos de carácter patrimonial son en todo caso contratos privados y han quedado excluidos de esta. Tal como precisó la JCCAAr: *“no es posible afirmar ya, como venía haciendo nuestra jurisprudencia, el ámbito expansivo de la categoría de los contratos administrativos, y menos de contratos como los de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, que, conforme al art. 4.1 p) LCSP, tienen siempre el carácter de privados y se rigen por la legislación patrimonial”* (Informe 25/2008, de 3 de noviembre).

Por ello, en la actualidad los contratos de carácter patrimonial no pueden ser calificados como contratos administrativos especiales. Desaparece así la polémica suscitada en la calificación de estos contratos, que en aplicación de la normativa anterior fueron objeto de numerosos litigios. Tales contratos serán en todo caso contratos privados.

4.2 Prestaciones de servicios que no encajaban en los tipos nominados vigentes

En relación con los contratos que tenían por objeto la realización de servicios, la problemática principal se suscitó con motivo de la dificultad de encuadrar las prestaciones en los distintos tipos existentes. Recordemos que en la LCAP estos contratos comprendían los de consultoría y asistencia, los trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración y los denominados propiamente servicios. La duda derivaba de que para la definición de los dos últimos tipos se recurría a la técnica descriptiva y al uso de ejemplos, mientras que para los primeros se empleaba la exclusión⁶⁶, aunque con carácter general se llegó a la conclusión de que en los contratos de consultoría y asistencia predominaban las actividades de carácter intelectual, mientras que los contratos de servicios comprendían, además de los no incluidos en los anteriores, los de servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración⁶⁷. En cuanto a los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, su definición residual y negativa llevó a que la JCCAE afirmase que uno de los supuestos o quizá el único que podía incluirse dentro de dicho tipo eran las actividades docentes o relacionadas con la docencia⁶⁸.

Esta delimitación producía que, si alguna de las actividades a realizar no encajaba en la configuración de dichos tipos, pero mediante su realización se satisfacía una finalidad pública, algunos de ellos acabaran calificándose como contratos administrativos especiales⁶⁹.

65 Puede consultarse un amplio repertorio de jurisprudencia en el trabajo de FUERTES LÓPEZ, M., “Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas”, cit., que comprende pronunciamientos en ambos sentidos. También pueden consultarse algunas sentencias que califican como contratos administrativos especiales contratos de carácter patrimonial en BALLESTEROS ARRIBAS, S., “Contratos administrativos especiales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005, pp. 3661-3666.

66 Sobre la delimitación de estos contratos, vid. MORENO MOLINA, J.A., “Los contratos de consultoría, asistencia y servicios”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 1063-1067.

67 Vid., en este sentido, la delimitación entre los contratos de servicios y los contratos de consultoría y asistencia que realiza la JCCAE, en su Informe 36/98, de 16 de diciembre de 1998.

68 Informe 68/96, de 18 de diciembre de 1996.

69 Este es el razonamiento seguido por la JCCAE, en el Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999, ya citado, al examinar cuál era la naturaleza jurídica de un contrato que tenía por objeto la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura.

El argumento principal que ha sido empleado para rechazar la calificación del contrato como servicios ha sido que se consideraba que era necesario que el destinatario directo de la prestación fuera el órgano contratante y no un particular o un grupo de particulares. Esta fue la apreciación de la JCCAE, en su Informe 57/07, de 24 de enero de 2008, en el que calificó como contrato administrativo especial un contrato que tenía por objeto la organización de mercadillos temáticos en la vía pública⁷⁰.

Asimismo, cuando el contenido de las prestaciones tenía un carácter heterogéneo se acudía al contrato administrativo especial debido a que se estimaba que este, a diferencia de lo que ocurría con los contratos de servicios, no tenía limitado su objeto⁷¹. Así lo manifestó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en su Informe 6/2003, de 21 de octubre, en el que calificó como contrato administrativo especial la gestión integral de un centro de innovación del sector turístico por la diversidad de prestaciones que constituían su objeto.

La unificación de todos los tipos en el contrato de servicios realizada con la aprobación de la LCSP (2007) acabó también con estos problemas. Aunque muy demandada⁷², su escueta definición, realizada por exclusión con otros contratos y por referencia a la enumeración del anexo II de la ley, ha sido también objeto de crítica⁷³.

Por otra parte, como ya se ha apuntado, las prestaciones de servicios pudieran ser también calificadas como contratos de gestión de servicios públicos. Pero para ello resultaba imprescindible que la prestación hubiera sido calificada como servicio público de titularidad de la Administración, que fuera susceptible de explotación por los particulares⁷⁴ y que se hubiera establecido con carácter previo su régimen jurídico básico, así como que la prestación se efectuase a los ciudadanos y no a la Administración⁷⁵, añadiendo además que no podían suponer ejercicio de autoridad.

La falta de cualquiera de los elementos especificados, en particular que la prestación no fuera calificada como servicio público (o, si lo fuera, no se trasladase al contratista la explotación) o que este no tuviera como destinatarios directos a los ciudadanos⁷⁶, hizo que algunos contratos fuesen calificados como contratos administrativos especiales.

70 El mismo razonamiento empleó la JCCAvA, en el ya citado Informe 9/2009, de 14 de diciembre. Al ser preguntada sobre la aplicación de los contratos administrativos especiales tras la aprobación de la LCSP (2007), manifestó que, en atención a la nueva regulación dada al contrato de servicios, ya no podía subsistir como elemento caracterizador de dichos contratos que el destino de la prestación fueran terceros ajenos a la Administración, como era el caso de los servicios sociales.

71 Ambos criterios fueron precisamente los utilizados por la JCCAE, en el Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999, citado *up supra*.

72 Se habían pronunciado sobre su pertinencia, entre otros, BLANCO LÓPEZ, F., "Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios", cit., p. 50.

73 Tal es el caso, entre otros, de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M.³, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 113-116.

74 Hasta que fue aprobada la LCSP de 2007, la exigencia era que la prestación tuviera un contenido económico que la hiciera susceptible de explotación por empresarios particulares (artículo 155.1 TRLCAP).

75 Se consideró que eran contratos administrativos especiales el contrato de un minitrén turístico, porque no existía norma que atribuyese al ayuntamiento una prestación de servicio público que tuviese tal objeto UCCAE, Informe 28/07, de 5 de julio de 2007).

76 La JCCAE estimó que, tanto en la LCAP como en la legislación precedente, el contrato de gestión de servicios públicos se diferenciaba nitidamente de los contratos de servicios porque en los primeros un servicio público titularidad de la Administración se trasladaba al contratista para que lo gestionara para su utilización por los particulares. Por el contrario, en el contrato de servicios el contratista prestaba el servicio a la Administración y no a los particulares (Informe 41/95, de 21 de diciembre de 1995).

Sin embargo, como ya hemos analizado en el epígrafe precedente, por aplicación del derecho europeo, lo relevante para calificar la prestación de servicios como concesión es la asunción del riesgo de explotación por parte del contratista. Por lo tanto, cualquier contrato que pueda encuadrarse como contrato de servicios o concesión de servicios desde la perspectiva del derecho europeo no puede ser calificado como contrato administrativo especial, salvo que así lo dispusiera expresamente una ley.

4.3 Contratos que en atención a su objeto han pasado a calificarse legalmente como privados

Del mismo modo que existen contratos que por su objeto han sido calificados como contratos administrativos típicos, también otros contratos han sido calificados legalmente como privados, atendiendo a su objeto.

Hemos examinado cómo las distintas reformas de la legislación de contratación pública han variado la calificación de los contratos, por lo que nos centraremos en cuáles son los contratos que tienen carácter privado por haberlo establecido expresamente la ley reguladora de la contratación pública. Algunos de ellos también atravesaron momentos de incertidumbre, ya que previamente fueron considerados tanto contratos privados como administrativos.

Además de los contratos patrimoniales, que, como hemos indicado, han quedado expresamente excluidos del TRLCSP (artículo 4.1.p)⁷⁷, también son contratos privados los que tengan por objeto servicios comprendidos en la categoría 6 del anexo II [servicios financieros: a) servicios de seguros, b) servicios bancarios y de inversión], los de creación e interpretación artística y literaria o espectáculos, comprendidos en la categoría 26 del mismo anexo; y la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

La calificación como contratos privados de los contratos financieros y los de creación artística y literaria deriva de la modificación efectuada en la LCAP por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

En cuanto a los contratos de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, su incorporación como contratos privados es una novedad introducida por la LCSP (2007).

Sin embargo, algunos contratos, como el de patrocinio, que han sido calificados indistintamente como contratos privados y como contratos administrativos especiales, no han sido incorporados de forma nominal como contratos privados, por lo que pudiera mantenerse la controversia⁷⁸, de ahí que hayan surgido voces que reclamen una regulación específica de este contrato⁷⁹, si bien su calificación mayoritaria en los últimos tiempos ha sido la de contrato privado⁸⁰.

77 Este precepto incluye “los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial (...)”.

78 En relación con la diversa calificación de estos contratos, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., “Contratos administrativos especiales (III)”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010, pp. 52-61.

79 Entre otros, BAUZÁ MARTORELL, F. J., “La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional”, <http://www.obcp.es>, 31 de julio de 2017 (último acceso: 17/08/2017), que considera que se ha perdido una magnífica oportunidad al no incluirlo en el proyecto de LCSP.

80 *Vid.*, por ejemplo, el Informe 13/2012, de 11 de julio, de la JCCAAR, sobre los pliegos tipo relativos a estos contratos.

4.4 La explotación de cafeterías, restaurantes, comedores o bares en dependencias públicas

No existe duda de que el contrato para la explotación de cafeterías, comedores o establecimientos similares ha sido el contrato administrativo especial por antonomasia.

La doctrina reiterada de la JCCAЕ ha mantenido que, cuando la prestación de los servicios de restauración se realizaba a la propia Administración con la contraprestación por parte de esta del pago de un precio, el contrato debía ser calificado como contrato de servicios. Pero cuando la prestación de estos servicios se realizaba a usuarios distintos de la Administración, como por ejemplo a favor de estudiantes, funcionarios o público en general, al no poder ser calificados como gestión de servicios públicos, por no tratarse de prestaciones que pudieran ser consideradas servicios públicos, los contratos debían ser tipificados como contratos administrativos especiales.

Este fue el criterio de la JCCAЕ cuando tuvo que calificar la explotación de servicios de cafetería y restauración de una universidad (Informe 5/96, de 7 de marzo de 1996), los de cafetería y comedor para el personal y el público en general de hospitales de la Seguridad Social (Informe 67/99, de 6 de julio de 2000), de bares y cafeterías situados en los acuartelamientos de la Guardia Civil (Informe 3/00, de 11 de abril de 2000), o la explotación de un bar situado en un edificio destinado a personas mayores (Informe 28/07, de 5 de julio de 2007).

Sin embargo, también hubo algunos pronunciamientos en que dichas prestaciones fueron calificadas como contratos privados, probablemente porque la redacción inicial de la LCE no contemplaba la categoría de contrato administrativo especial⁸¹.

La calificación de dichos contratos como administrativos especiales también ha sido sostenida por el Tribunal Supremo. Citaremos como ejemplo la Sentencia de 16 de septiembre de 2004⁸², de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, en la que confirmó el criterio del tribunal *a quo*⁸³, que consideró que el contrato de explotación de cafeterías del personal y público en un hospital universitario, gestionado por el Instituto Nacional de Salud, debió calificarse como un contrato administrativo especial y no como un contrato de gestión de servicio público, por no serlo la actividad de mantenimiento de cafeterías.

Sin embargo, como ya se ha indicado, para la JCCAAr, con la aprobación de la LCSP (2007), la categoría del contrato administrativo especial tiene carácter residual y, basándose en el nuevo concepto de los contratos de servicios, que se ajusta a la normativa comunitaria, y cuyas categorías se enumeran en el anexo II de la ley, las prestaciones de servicios de bar, cafetería y comedor debieran ser calificadas como contratos de servicios, incluidos en la categoría 17 “Servicios de hostelería y restaurante”⁸⁴.

81 Por ejemplo, en el Informe 79/64, de 25 de septiembre de 1964, la JCCAЕ califica un contrato de explotación de cafetería instalado en el edificio de un ministerio como contrato privado, si bien ya sostiene que el servicio de cafetería no tiene la consideración de servicio público, por lo que no puede hablarse de un contrato de gestión de servicio público.

82 Recurso de casación 6721/2001.

83 La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, que dictó la Sentencia de 23 de junio de 2001, contra la que va dirigido el recurso de casación.

84 Informe 19/2008, de 4 de septiembre.

Por el contrario, la JCCAE siguió considerando que la explotación de los servicios de bar, cafetería y comedor debía ser calificada como contratos administrativos especiales por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante. Así lo sostuvo, por ejemplo, en su Informe 25/12, de 20 de diciembre de 2012, en el que afirma que, según los principales aspectos de sus informes precedentes sobre el particular, los servicios de cafetería y comedor no pueden calificarse como servicios públicos, por lo que no les resultan de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos.

Esta doctrina de la JCCAE ha sido acogida de manera generalizada por el resto de juntas consultivas de contratación de las comunidades autónomas⁸⁵ y por los tribunales de recursos contractuales; por ejemplo, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en su Informe 3/2000, de 4 de febrero, en el que estimó que los contratos de explotación de bares, cafeterías y restauración de los centros de enseñanza secundaria tenían adecuado encaje en la figura de los contratos administrativos especiales. Si analizamos algunos de los pronunciamientos realizados por el TACRC relativos a prestaciones de servicios de cafeterías y comedores, resulta que dichas prestaciones son calificadas o bien como contratos de servicios⁸⁶ o bien como contratos administrativos especiales⁸⁷.

Sin embargo, para el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, los contratos de explotación de bares y cafeterías deben ser calificados como contratos de servicios de la categoría 17 del anexo II del TRLCSP (servicios de cafetería)⁸⁸.

El razonamiento que sigue el TACRC para distinguir entre contratos de servicios y administrativos especiales es similar al realizado por la JCCAE. Cuando las prestaciones son abonadas por la Administración, las califica como contratos de servicios, mientras que cuando son abonadas por los usuarios aduce que se trata de servicios que no deben ser prestados necesariamente por la Administración contratante (como proporcionar servicios de desayunos o comidas a sus empleados), aunque estima que, al tratarse de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines, deberán ser calificados como contratos administrativos especiales⁸⁹.

85 Tanto es así, que la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía, al ser consultada sobre la posibilidad de calificar las prestaciones de cafetería, bar o comedor en instalaciones de la Administración pública como contratos de servicios por la amplitud de su objeto en la LCSP (2007), como habían sido considerados por la JCCAr, en su Informe 19/2008, no lo estima argumento suficiente para apartarse del criterio consolidado de la JCCAE (Informe 10/2010, de 15 de octubre).

86 Por ejemplo, servicios de comedor para escuelas infantiles municipales (Resolución 498/2015, de 29 de mayo; Recurso 418/2015), prestación del servicio de cafetería y comedor en las dependencias del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (Resolución 308/2012, de 28 de diciembre; Recurso 281/2012).

87 Entre otros, servicio de cafetería y restaurante de trabajadores del centro y familiares de internos de un centro penitenciario (Resolución 239/2015, de 13 de marzo; Recurso 183/2015); el servicio de restauración del Palacio de Congresos de Madrid (Resolución 18/2013, de 17 de enero; Recurso 320/2012) o los servicios de cafetería y restauración del personal y público en general de un hospital (Resolución 200/2014, de 7 de marzo; Recurso 111/2014).

88 Así lo sostuvo, por ejemplo, en su Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, en relación con la explotación del bar y cafetería del Palacio de Congresos de Zaragoza. Para el Tribunal no se trataría de un contrato de gestión de servicio público por la asunción de la organización del servicio y del riesgo derivado de este, ni de un contrato administrativo especial por ser una categoría residual que solo procede cuando no pueda derivarse a otro tipo contractual. *Vid.* también el Acuerdo 59/2016, de 14 de junio, de este mismo tribunal, que consideró que la tipificación como administrativo especial de un contrato de gestión del bar y piscinas municipales no era correcto por ser este tipo residual, por lo que lo calificó como contrato de servicios.

89 Resolución 29/2014, de 17 de enero (Recurso 705 y 1003/2013), en la que declara que el ejemplo prototipo de contrato administrativo especial sería la explotación de un servicio de cafetería y comedor en un edificio administrativo.

Dicho argumento lo encontramos, por ejemplo, en la Resolución 336/2016, de 29 de abril (Recurso 262/2016), relativo a la contratación de servicios de comedor escolar. En este rechaza que la prestación pueda ser calificada como contratos de servicios, al no implicar pago o contraprestación económica alguna con cargo a los presupuestos, sino que los servicios son abonados por los usuarios⁹⁰.

Sin embargo, estimamos que, atendiendo a la delimitación de los tipos contractuales según las directivas comunitarias, cuando la explotación de las cafeterías o comedores conlleve la traslación del riesgo al contratista, la prestación debiera calificarse como concesión de servicios y, en caso contrario, como contrato de servicios. Este razonamiento coincide con la manifestación realizada por la JCCA para justificar que la forma de contraprestación de un contrato administrativo especial pueda ser la explotación del servicio por el contratista, que se encuentra en el ya citado Informe 25/12, de 20 de diciembre de 2012. La junta afirma que:

“Esta modalidad contractual encajaría en lo que el derecho de la UE califica como concesiones de servicios en sentido amplio, previstos en las directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los contratos de servicios es precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la explotación”.

Dicha declaración, puesta en relación con la jurisprudencia del TJUE, que no precisa que el objeto de las concesiones sean servicios públicos, nos lleva a reafirmarnos sobre la calificación de los contratos de explotación de cafeterías, restaurantes o bares en dependencias públicas como concesiones de servicios si se traslada el riesgo al contratista⁹¹, debiendo determinar el valor estimado de dichos contratos según el previsible volumen de negocio durante el plazo total de ejecución⁹².

90 Y lo hace por referencia a la Resolución 203/2011, de 7 de septiembre (Recurso 172/2011) en la que el Tribunal señala que *“debe considerarse que habrá contrato de servicios allí donde exista una relación jurídica de carácter oneroso en la que intervenga una Administración pública y que tenga por objeto alguna de las actividades enumeradas en el anexo II de la Ley de contratos del sector público”.*

91 Precisamente, la opción de la Directiva 2014/23/UE por un concepto amplio de contrato de concesión de servicios, que no se vincula a la naturaleza pública del servicio, lleva al TACRC a revisar la calificación de estos contratos como administrativos especiales. Así, en su Resolución 411/2017, de 5 de mayo, en un contrato de arrendamiento de locales de negocio para actividades de restauración en el aeropuerto de El Prat de Barcelona, sostiene que, si bien la restauración a favor de los viajeros y del público en general no es en puridad un servicio público que la Administración esté obligada a prestar, sino un servicio opcional, de carácter complementario o auxiliar a los servicios aeroportuarios que le competen, encaja en la concepción de concesión de servicios de la nueva directiva si se transfiere el riesgo operacional en la explotación de dichos servicios (Recurso 251/2017). También el OARC, en su Resolución 102/2017, de 20 de septiembre, en aplicación de los tipos contractuales de las nuevas directivas, califica un contrato de explotación de cafetería y máquinas expendedoras para un hospital como una concesión de servicios. Sustenta su decisión en que lo relevante para el poder adjudicador, según los pliegos, es asegurar el servicio de cafetería para el personal del hospital y el público en general, estableciendo una serie de condiciones para su prestación, por lo que no puede considerarse un contrato de contenido patrimonial. La prestación debe calificarse como concesión de servicios por concurrir sus notas características, pues la remuneración íntegra del contratista la percibe de los usuarios del servicio, sin que se le asegure en los pliegos ni un beneficio mínimo ni la recuperación del gasto en que hubiera podido incurrir.

92 *Vid.* el Informe 13/2014, de 7 de mayo, de la JCCA, sobre el valor estimado de los servicios de gestión de bares, restaurantes, barras de fiestas o similares. Acuerdo 34/2014, de 20 de junio.

5 ¿Mantienen los contratos administrativos especiales su carácter supletorio en la nueva LCSP?

En la LCSP siguen figurando entre los negocios y contratos excluidos de su ámbito⁹³ tanto los de carácter patrimonial (artículo 9), cuyo contenido es similar al del TRLCSP⁹⁴, como los servicios financieros (artículo 10), clarificando en estos últimos el alcance de los que son excluidos.

Los tipos contractuales que podrán celebrar las entidades pertenecientes al sector público, según establece el artículo 12.1, son los siguientes:

“Los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios”.

En relación con esta delimitación, que se encuentra en la sección 1.ª del capítulo II del título preliminar, la principal novedad que resulta relevante en relación con la delimitación del contrato administrativo especial que nos ocupa es que desaparece el contrato de gestión de servicios públicos⁹⁵, surgiendo en su lugar la concesión de servicios, que responde a la necesidad de transponer la Directiva 2014/23/UE. Respecto a la definición de los contratos de servicios, hay que destacar que desaparece el anexo II de categorización de actividades que establecía el TRLCSP. Solo se identifican en el anexo IV los contratos que tienen por objeto servicios sociales y otros servicios específicos.

Por otra parte, la nueva configuración de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios reafirma que ya no se pueden mantener como elementos de diferenciación entre ambos tipos cuál sea el destinatario de la prestación o que se trate de un servicio público. Para los contratos de servicios, que se habían caracterizado porque la prestación se realizaba a favor de la Administración, expresamente se especifica que algunos conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía, estableciendo para tales contratos que deberán cumplir determinadas prescripciones (artículo 312 LCSP)⁹⁶. En cuanto a las concesiones de servicios, no están limitadas a la prestación de servicios públicos, como ocurría en los contratos de gestión de servicios públicos, ya que en su delimitación se establecen una serie de exigencias y características para los casos en los que las concesiones se refieran a servicios públicos (artículos 284.2, 285.1 y 287.2 LCSP).

La nueva norma continúa con la regulación integral de toda la actividad contractual del sector público, manteniendo el cambio de planteamiento realizado con la LCSP (2007), que distingue los regímenes jurídicos de los contratos públicos, en función de las entidades contratantes y tipos contractuales, aunque la parte troncal sigue siendo la regulación de los contratos de las administraciones públicas.

93 Se encuentran en la sección 2.ª del capítulo I del título preliminar, cuya redacción resulta más clara que la que figuraba en la regulación precedente, al haberse agrupado por conceptos.

94 Para que en estos contratos puedan incluirse prestaciones propias de los contratos típicos, se impone el cumplimiento de dos requisitos, que en el TRLCSP tenían carácter alternativo. Así, se dispone que solo podrán incluirse prestaciones propias de los contratos típicos cuando su valor no sea superior al 50 por 100 del valor del negocio y, a su vez, mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional.

95 También se suprime el contrato de colaboración público-privada.

96 Si bien en estos casos se impone que los contratos cumplan una serie de prescripciones.

En relación con la determinación del régimen jurídico de los contratos de las administraciones públicas, se sigue la regulación del TRLCSP. Estas podrán formalizar contratos sometidos al derecho administrativo o al derecho privado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25, tendrán carácter administrativo, siempre que los realice una Administración pública, los siguientes contratos:

"1.a) Los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios. No obstante, tendrán carácter privado los siguientes contratos:

1.º Los contratos de servicios que tengan por objeto servicios financieros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, y de 92000000-1 a 92700000-8, excepto 92230000-2, 92231000-9 y 92232000-6.

2.º Aquellos cuyo objeto sea la suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos.

b) Los contratos declarados así expresamente por una ley, y aquellos otros de objeto distinto a los expresados en la letra anterior, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella".

En relación con los contratos que eran calificados expresamente como administrativos especiales por el TRLCSP, que eran los celebrados con empresarios particulares que actuaban como colaboradores en la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios, cuya ejecución estaba a cargo de la Administración pública, se ha producido un importante cambio. Mientras en el TRLCSP se establecía que estos contratos que se efectuaban con los empresarios particulares tenían carácter administrativo especial, *"sin constituir contratos de obras, suministros y servicios, por estar la ejecución de los mismos a cargo del órgano gestor de la Administración"* (artículo 24.4), en la LCSP dichos contratos dejan de tener carácter especial.

Para estas colaboraciones, el artículo 30.3 de la LCSP establece que las prestaciones de servicios debe realizarlas normalmente la propia Administración con sus propios medios y que, en caso de carecer de medios suficientes, y previa justificación en el expediente de contratación, podrán contratarse de acuerdo con la tipificación de los contratos de las administraciones públicas establecida en la propia ley⁹⁷. Asimismo, respecto a la ejecución de las obras o a la fabricación de bienes muebles que se efectúen en colaboración con empresarios particulares, se dispone que el régimen jurídico aplicable a los contratos que se formalicen con estos será el previsto para los contratos de obras o de suministro en la ley (artículo 30.4).

En cuanto a los contratos privados, para determinar qué contratos de la Administración merecen tal calificación, habrá que atender al artículo 26.1.a) de la LCSP, que establece que tendrán tal consideración:

97 Según lo establecido en el capítulo V del título II del libro II.

“Los que celebren las administraciones públicas cuyo objeto sea distinto de los referidos en las letras a) y b) del apartado primero del artículo anterior”.

En el precepto que regula los contratos administrativos se siguen distinguiendo los contratos típicos de los administrativos especiales. Los criterios empleados por el TRLCSP para determinar la naturaleza administrativa especial persisten, aunque se introduce algún matiz y se altera su orden. En primer lugar, podrán serlo los declarados expresamente por una ley, aunque, como hemos advertido, la LCSP ya no tipifica como contrato administrativo especial el negocio jurídico celebrado con empresarios particulares que colaboran en prestaciones ejecutadas por la Administración pública. En segundo lugar, los de objeto distinto de los que figuran en la letra a), por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la competencia específica de aquella. Y, en tercer y último lugar, se ha suprimido el inciso *“siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1”*.

De esta nueva redacción se desprende que una ley podrá calificar expresamente un contrato como administrativo especial, cualquiera que sea su objeto. Sin embargo, cuando los requisitos que lo determinen sean alternativamente estar vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante o satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, se impone que tengan un objeto distinto del de los contratos nominados y del de los contratos privados, a los que expresamente se les reconoce tal carácter en la letra a). Debido a la supresión del inciso que se refería a la totalidad de contratos privados que efectuasen las administraciones públicas y a que en la LCSP se definen los contratos privados por exclusión, el contrato administrativo especial deja de ser la categoría residual, posición que vuelve a ser ocupada por los contratos privados.

Sin embargo, a pesar de esta alteración, la categoría de los contratos administrativos especiales sigue siendo muy limitada, como ya hemos expuesto, principalmente por la amplitud de los contratos típicos que conllevan prestaciones de servicios, bien sean contratos o concesiones de servicios. No obstante, reaparece la posibilidad de que prestaciones no calificadas expresamente por la ley como contratos privados, de acreditarse su conexión con la satisfacción de un interés público perseguido por la Administración contratante, puedan ser calificadas como contratos administrativos especiales.

En consecuencia, la categoría de los contratos privados se restringe. Lo serán, porque así lo establece expresamente la ley, los servicios financieros y de creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos, que están referenciados por su código CPV, y los de suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos. También serán contratos privados los relativos a los ámbitos del dominio público, del patrimonial y financiero, que siguen siendo contratos excluidos (artículo 9 LCSP). Sin embargo, para que el resto de contratos puedan ser calificados como privados, será preciso que carezcan de vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante o que no satisfagan de forma directa o inmediata una finalidad pública de su competencia.

6 El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales

El régimen jurídico de los contratos administrativos especiales sigue las previsiones del régimen anterior. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la LCSP, los contratos administrativos que tengan naturaleza administrativa especial se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, en primer término, por sus normas específicas, aplicándose asimismo las disposiciones de la LCSP y sus disposiciones de desarrollo. Supletoriamente, le serán de aplicación las normas de derecho administrativo, y, en su defecto, las normas de derecho privado.

Igualmente, se mantiene que parte de las normas que determinan su régimen jurídico se establecerán en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Según dispone el artículo 3.1 del RGLCAP, en los contratos administrativos especiales dicho pliego, además de incluir los datos que con carácter general se establecen para todos los contratos en el artículo 67.2 del RGLCAP, contendrá las especificaciones que por la naturaleza y objeto del contrato sean necesarias para definir los pactos y condiciones de este. Tales datos deberán figurar en el documento de formalización del contrato (artículo 71.8 RGLCAP).

La competencia para conocer las controversias que se susciten en los contratos administrativos especiales corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues todas las cuestiones relativas a la preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción de los contratos administrativos le han sido atribuidas por el artículo 27.1.a) de la LCSP.

En cuanto a la posibilidad de incluir los contratos menores en la categoría de los contratos administrativos especiales, hay que señalar que el artículo 118 de la LCSP dispone que se consideran contratos menores los de valor estimado inferior a 40.000 euros cuando se trate de obras, o a 15.000 euros cuando se trate de suministro o de servicios. En consecuencia, debido a que los contratos menores vienen calificados por su objeto y cuantía, se debe considerar que, como ya entendió en el pasado la JCCA⁹⁸, al no haber sido incluidos expresamente, la figura de los contratos menores no resulta aplicable a los contratos administrativos especiales.

Por último, hay que reseñar que los contratos administrativos especiales han sido incluidos expresamente en la relación de contratos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Dichos contratos serán recurribles cuando por sus características no sea posible fijar su precio de licitación o cuando su valor estimado sea superior a lo establecido para los contratos de servicios (artículo 44.1 LCSP⁹⁹).

7 Recapitulación

Del examen realizado de las normas aprobadas en materia de contratación pública, así como de la jurisprudencia y doctrina analizadas, se deduce que la delimitación del contrato administrativo especial ha ido variando. En todo caso, su caracterización ha estado vinculada

98 Vid. Informe 38/05, de 26 de octubre de 2005. "Posibilidad de utilización de la figura y régimen jurídico de los contratos menores en los contratos administrativos especiales".

99 En el texto vigente, los contratos de servicios son susceptibles de recurso especial en materia de contratación cuando tengan un valor estimado superior a cien mil euros [letra a) del apartado 1 del artículo 44 LCSP].

a la existencia en nuestro derecho de la contratación pública de la figura del contrato administrativo, que precisa de la presencia de una Administración pública. Asimismo, en su delimitación ha incidido la configuración de los contratos administrativos típicos y de los contratos calificados como privados, pues con frecuencia han actuado como frontera entre ellos.

Inicialmente, la configuración del contrato administrativo fue construyéndose en nuestro derecho sobre la necesidad de la Administración pública de tutelar el interés público. Para su consecución, el ordenamiento jurídico le otorgó una serie de prerrogativas y atribuyó el conocimiento de sus controversias a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A medida que la actividad contractual de la Administración se fue ampliando, los contratos que se reiteraban fueron tipificados en atención a su objeto como contratos administrativos. No obstante, hubo una serie de contratos que mantuvieron el influjo del derecho privado, cuya calificación ha ido oscilando en las diversas regulaciones. Ante la presencia de una finalidad pública, incorporada a la causa de dichos contratos, fueron calificados como contratos administrativos especiales para la protección del interés público. Asimismo, se consideraron contratos administrativos especiales los que no encajaban en los contratos nominados. Este doble régimen jurídico, generador de confusión por la falta de claridad en su deslinde, fue potenciado por el incremento de entidades integrantes del sector público sujetas en sus actividades contractuales al derecho privado.

La dificultad en la delimitación de los contratos administrativos especiales se ha visto agravada con la adaptación de nuestra legislación de contratación pública al derecho de la Unión Europea. Por un lado, porque ha motivado un progresivo acercamiento a los tipos contractuales fijados en las directivas comunitarias de contratación pública que no responden en algunos casos a nuestras concepciones tradicionales. Y, por otro lado, porque para el derecho europeo resulta indiferente que el régimen jurídico de los contratos sea de derecho público o privado, y porque no ha asumido la noción de servicio público.

Ahora bien, incorporadas a nuestro derecho interno las previsiones del derecho europeo de la contratación pública sobre los contratos excluidos de su ámbito, así como los tipos contractuales, y establecida su extensión, la delimitación del contrato administrativo especial debe ajustarse a dichas previsiones. Hemos examinado la trascendencia que tuvo en la LCSP de 2007 el papel relevante otorgado a nivel europeo a los contratos de servicios, y cómo su delimitación, ampliando su extensión, afectó a los contratos administrativos especiales. También la exclusión de algunos contratos de carácter patrimonial que dejó zanjada la posibilidad de que estos contratos fueren atraídos al derecho administrativo mediante su calificación como contratos administrativos especiales.

Nos encontramos en proceso de incorporación de las concesiones de servicios como contratos típicos, desde la concepción del derecho europeo, que, como hemos examinado, se ha resuelto en la LCSP con una nueva extensión de los contratos de servicios y la supresión de los contratos de gestión de servicios públicos, lo que a nuestro entender va a suponer una nueva restricción del contrato administrativo especial.

Ante la nueva tipificación de ambos tipos contractuales, no parece posible mantener la calificación de contrato administrativo especial para algunas prestaciones de servicios. Por ejemplo, contratos como los de cafetería, comedor y, en general, los de restauración, o la instalación de televisiones en hospitales públicos, que entrarían dentro de los contratos típicos de servicios o

de concesión de servicios, atendiendo a cómo hayan sido configurados. Además, su calificación como contratos administrativos especiales no tiene en sí misma ninguna trascendencia, ya que su régimen jurídico sería similar al establecido para los contratos típicos, pues, al igual que estos, dichos contratos se encuadran dentro de los contratos administrativos. La única salvedad es que, de existir normas específicas que los regulasen, serían aplicables en primer lugar, aunque en general su especialidad deriva en la práctica de las estipulaciones contenidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares. Lo relevante es que en todo caso se garantiza su especial protección mediante las prerrogativas atribuidas a la Administración y su control a través de la jurisdicción contencioso-administrativa.

8 Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.
- BALLESTEROS ARRIBAS, S., "Contratos administrativos especiales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005.
- BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional", <http://www.obcp.es>, 31 de julio de 2017 (último acceso: 17/08/2017).
- BERNAL BLAY, M.A., "Contrato administrativo especial", Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.
- BLANCO LÓPEZ, F., "Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003.
- CONTRERAS ORTIZ, M. M.^a, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008.
- CORRAL GARCÍA, E., "Evolución de la legislación de contratos de la administración", *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.
- DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009.
- FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008.

Regap



ESTUDIOS

- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 78, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010,
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963.
- GIMENO FELIÚ, J. M., *Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007, en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013.
- MEILÁN GIL, J. L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008.
- PÉREZ LÓPEZ, R. M.^a, y GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009.
- RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011.
- SANMARTÍN MORA, M. A., "Novedades en materia de contratos de aprovechamientos forestales", <http://obcp.es>, 14 de septiembre de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.^a ed., Iustel, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. "El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español", Almeida Cerredá, M., y Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015.

Regap



ESTUDIOS

Instrumentos e perspectivas para un modelo integrado de intervención pública na economía. Os fondos europeos de investimento e os *long-term investors* nacionais

Instrumentos y perspectivas para un modelo integrado de intervención pública en la economía. Los fondos europeos de inversión y los *long-term investors* nacionales*

54
Regap

Tools and outlook of an integrated model of public intervention in the economy. European Investment Funds and National long-term investors

Regap



ESTUDIOS

GIOVANNI MARIA CARUSO

Profesor agregado
Universidad de Calabria
giovannimaria.caruso@unical.it

OMAR HAGI KASSIM

Doctor en Filosofía
Universidad Roma Tre
omar.hagi.k@gmail.com

Recibido: 04/12/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Resumo: O ordenamento europeo dotouse hai tempo de instrumentos financeiros que, ao teren capacidade para canalizar unha cantidade inxente de recursos que dean apoio ás políticas industriais, poden ser utilizados tanto con fins instrumentais, cunha mera misión de financiamento, como con fins dun alcance máis amplo. Trátase do Fondo Europeo de Investimentos (FEI) e do Fondo Europeo de Investimentos Estratéxicos (FEIE), que son examinados neste estudo coa finalidade de descubrir as súas potencialidades concretas. Estes organismos parecen conducir a unha nova fase do proceso de integración, onde sinerxías máis intensas entre operadores de distinta extracción permitan unha compenetración efectiva entre o interese europeo e os intereses nacionais, potencialmente sensible ás demandas dos particulares.

* Este texto es fruto de una reflexión común; la redacción de los §§ 1, 2, 3 y 4 es de G.M. Caruso y la de los §§ 5 y 6 es de O. Hagi Kassim. La redacción del § 7 es de ambos autores.

Palabras clave: Bancos nacionales de promoción, fondos de investimentos estratégicos, intervención pública na economía, ayudas estatales, derecho económico.

Resumen: El ordenamiento europeo se ha dotado hace tiempo de instrumentos financieros que, al tener capacidad para canalizar una cantidad ingente de recursos que den apoyo a las políticas industriales, pueden ser utilizados tanto con fines instrumentales, con una mera misión de financiación, como con fines de un alcance más amplio. Se trata del Fondo Europeo de Inversiones (FEI) y del Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIE), que son examinados en este estudio con la finalidad de averiguar sus potencialidades concretas. Estos organismos parecen conducir a una nueva fase del proceso de integración, donde sinergias más intensas entre operadores de distinta extracción permitan una compenetración efectiva entre el interés europeo y los intereses nacionales, potencialmente sensible a las demandas de los particulares.

Palabras clave: Bancos nacionales de promoción, fondos de inversiones estratégicas, intervención pública en la economía, ayudas estatales, derecho económico.

Abstract: Only recently does the UE seem to have gained awareness about the relevance of its intervention in the economy, through the institution of long-term intervention programs, which are also transversal among the industrial contests, as the European Investment Fund (EIF) and the European Fund for Strategic Investment (EFSI). The present work aims to study these figures, in order to examine their innovative profiles and to evaluate their potential. The solutions set up by the European legal system seem to reveal the beginning of a new stage of the integration process, in which more intense synergies among operators from different backgrounds would be able to allow an effective cohesion among European and national interests, potentially sensitive to private issues.

Keywords: National promotional banks, strategic investment funds, public intervention in the economy, state aids, public law of economics.

Sumario: 1 Instrumentos financieros de interés general europeo. 2 El potencial no aprovechado del Fondo Europeo de Inversiones (FEI). 3 El llamado criterio de «adicionalidad» y el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE). 4 El papel de los bancos nacionales de fomento. 5 La posible superación del criterio del inversor de mercado y el nuevo paradigma de “deficiencia de mercado”: la evolución de las características de la intervención pública en la economía. 6 Los distintos modelos de intervención pública en la economía como factor de desequilibrio entre las economías nacionales. 7 Conclusiones: financiación de los modelos de intervención pública de la economía y gestión centralizada de las participaciones europeas. 8 Bibliografía.

1 Instrumentos financieros de interés general europeo

El proceso de integración europea ha condicionado de forma notable el papel económico de los poderes públicos, porque ha despojado a los Estados miembros de las competencias que les habían sido otorgadas, pero al mismo tiempo no ha permitido que la Unión asumiese dichas funciones. Hasta hoy, no se ha podido constatar plenamente que las instituciones europeas no dispongan de instrumentos eficaces para intervenir en la economía y que, por tanto, se hayan mostrado impotentes ante la Gran Recesión¹.

Sin embargo, aunque de forma fragmentaria y, en cualquier caso, mediante fórmulas poco claras, el ordenamiento europeo se ha dotado hace tiempo de instrumentos financieros que, al menos de forma abstracta, parecen poder colmar este vacío de poder. Se trata de instrumentos aparentemente neutros que, al tener capacidad para canalizar una cantidad ingente de recursos que den apoyo a las políticas industriales, pueden ser utilizados tanto con fines instrumentales, con una mera misión de financiación, como con fines de un alcance más amplio.

1 Sobre este punto, véase ROSSI, G., “Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2015, según el cual «l'Europa no fait et no fait faire».

Algunos de ellos se inscriben dentro del ámbito de programas concretos dirigidos a apoyar proyectos dedicados al ambiente, el desarrollo de las infraestructuras o la energía y, en consecuencia, están todavía basados en una lógica sectorial². Otros, sin embargo, son de mayor envergadura, porque, además de ser transversales y cubrir una gran diversidad de contextos industriales, permiten una intervención directa en el accionariado de las empresas y se han situado de forma notoria en organismos como el Fondo Europeo de Inversiones (FEI) y el Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIE).

Los antecedentes históricos de estos modelos hay que buscarlos en la experiencia alemana, donde el papel económico de los poderes públicos, aunque adolece de interferencias significativas con el sistema bancario, tradicionalmente ha ofrecido soluciones institucionales dirigidas a apoyar la economía a través de operaciones de carácter financiero. Tanto el Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), instituto público de nivel federal, como el *Landesbank* y las *Sparkassen*, dependientes de los *Länder* y los ayuntamientos respectivamente, se han impuesto progresivamente como centros financieros encargados de la gestión de participaciones sociales públicas, según un modelo que fue después copiado también en Francia, con la Banque Publique d'Investissement y la Caisse des Dépôts et Consignations y en Italia con la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.

Aunque algunas de las prerrogativas de las que gozan estos organismos pueden plantear legítimas dudas sobre la efectiva compatibilidad del modelo que hemos descrito con la normativa europea, dicho modelo hasta ahora no solo se ha tolerado, sino que también ha sido incentivado por las propias instituciones europeas, hasta el punto de que en la normativa dedicada al FEIE –que reproduce sus líneas esenciales– la Comisión ha clasificado el papel institucional de estos inversores públicos en la categoría de los llamados bancos nacionales de fomento³.

A pesar de que el potencial del modelo ha sido explotado, los instrumentos de capital que estos organismos han utilizado, más que responder a objetivos de pura financiación, han servido para garantizar la presencia pública en la estructura accionarial de determinadas empresas.

Ahora que existen instrumentos análogos que tienen un claro referente institucional en las instituciones europeas, cabe esperar que evolucionen hacia formas más estructuradas capaces de transmitir el interés europeo a determinados contextos industriales.

2 El potencial no aprovechado del Fondo Europeo de Inversiones (FEI)

El FEI fue instituido en virtud del documento de modificación del protocolo sobre el Estatuto del Banco Europeo de Inversiones firmado en Bruselas el 25 de marzo de 1993 con el fin de dotar a las instituciones europeas de instrumentos financieros adecuados para la consolidación

² En este sentido destacan, por ejemplo, el fondo Marguerite - European Fund for Energy, Climate Change and Infrastructure, el Fondo Infrared y la European Energy Efficiency Fund (EEEF).

³ Sobre este punto, véase *infra* § 4.

del mercado interno, la cohesión económica y social, así como para garantizar la recuperación económica de la zona europea⁴.

Aunque su estructura se basa en mecanismos de carácter asociativo, el Banco Europeo de Inversiones (BEI), titular del 61,2 % de las participaciones, tiene asignado un papel especial, funcionando como un *holding* de control dotado de prerrogativas especiales. Sin embargo, no podemos concebir este organismo como una mera articulación organizativa del BEI, ya que está expresamente contemplado que puedan asumir la calidad de socio tanto las instituciones financieras de los Estados miembros⁵ como la propia Unión Europea, poseedora actualmente del 26,5 % de las participaciones sociales, que ha formalizado su participación mediante la Decisión del Consejo 94/375/CE, de 6 de junio de 1994, con la que se otorgan a la Comisión los correspondientes poderes de representación.

La estructura organizativa del fondo reproduce algunas características del modelo societario, no solo por los mecanismos que rigen la gobernanza interna, en la que se distribuyen las tareas entre la asamblea general (arts. 10 y 11), el consejo de administración (art. 15) y un administrador único (art. 20), sino, sobre todo, por los procesos a los que está sometida la asamblea de la organización.

De hecho, el fondo está dotado de personalidad jurídica autónoma, de manera que las relaciones entre los socios se pueden considerar, a todos los efectos, relaciones entre sujetos distintos. De este modo, se crean mecanismos para garantizar una autonomía patrimonial completa, totalmente análoga a la societaria, ya que está expresamente contemplado que «*i soci non rispondono, in quanto tali, delle obbligazioni del Fondo*», sino que responden dentro de los límites de su participación en el capital suscrito y no desembolsado (art. 5, § 4).

Esta configuración se refleja también en el grado de autonomía reconocido al organismo, que garantiza que las decisiones económicas se sometan exclusivamente a los órganos sociales correspondientes, sin imponer el cumplimiento de requisitos de procedimiento ni el control directivo por parte de organismos dependientes de las instituciones europeas. El único control de carácter público es el del Tribunal de Cuentas Europeo, que ejerce sus funciones según modalidades atípicas, definidas dentro del ámbito de un acuerdo trilateral entre la Comisión, el Tribunal de Cuentas y el BEI⁶.

Otras características especiales son las relativas al tratamiento fiscal reservado al organismo, que está sustancialmente exento de cualquier forma de tasación, y al estatus reconocido a los miembros de los órganos y al personal, que está sujeto al protocolo sobre privilegios e inmunidades de la Unión Europea (art. 30, § 5).

Sin embargo, analizando el papel asignado al FEI, se puede constatar que el estatuto reconoce expresamente la posibilidad de desempeñar su misión institucional a través de la adquisición de participaciones sociales. El artículo 2 del estatuto contempla, de hecho, que el fondo

4 Sobre este punto, véase el *Atto che modifica il protocollo sullo Statuto della Banca europea per gli investimenti per conferire al Consiglio dei governatori il potere d'istituire un Fondo europeo per gli investimenti*, de 25 de marzo de 1993, en GU L 173 de 7 de julio de 1994.

5 En este sentido, véase el artículo 4 del Estatuto del FEI. Entre las instituciones financieras propietarias de participaciones sociales, además de los institutos bancarios privados, figuran también la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., KfW Bankengruppe, BPIFrance Participations y el Instituto de Crédito Oficial. Sobre las características comunes de estos organismos, véase *infra* § 4.

6 Sobre este punto, véase el llamado *Accord tripartite conclu entre la Banque européenne d'investissement, la Commission européenne et la Cour des comptes*, al que remite el artículo 287, § 3, del TFUE.

persigue «*la sua missione mediante attività che consistono (...) nell'assumere, detenere, gestire e cedere partecipazioni in qualsivoglia impresa, alle condizioni di cui all'articolo 12, paragrafo 2, punto i), dello statuto*», que remite a la junta general todas las decisiones para autorizar al fondo a efectuar este tipo de operaciones.

Por tanto, aunque este tipo de actividades no cubren totalmente las funciones que le han sido encomendadas, se puede considerar que la gestión de las participaciones sociales está institucionalizada en el ente y que presenta todas las características que corresponden a su misión, dada su heterodeterminación en virtud de la normativa de carácter público que define sus objetivos, pero también indica sus límites.

Los límites relacionados con la gestión de las participaciones sociales no están contemplados en la normativa sobre el reparto de poderes entre el consejo de administración y la junta general (arts. 16 y 13). De esta manera, aunque el primero tiene formalmente competencia para determinar las condiciones generales para la adquisición de participaciones, el estatuto prevé que este tipo de actividades deben respetar los límites inherentes a los compromisos financieros establecidos por la junta, tanto para cada una de las operaciones como en términos generales (arts. 25 y 26).

Más allá de estos casos, no existen prescripciones significativas que puedan condicionar la realización de operaciones concretas, pero los criterios generales que inspiran la actividad del fondo parecen indicar que su actividad tiene que atenerse a criterios estrictamente económicos. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, el artículo 2 del estatuto, que recoge «*per le sue attività, il Fondo si attiene a sani principi bancari o, secondo i casi, ad altri sani principi e prassi commerciali*». Pero esta misma lógica debe regir la normativa sobre el destino y la distribución de beneficios (art. 27), la determinación de los criterios de rentabilidad (letra v.) del art. 16) y la remuneración del fondo (art. 24).

Las únicas limitaciones que afectan al ente se sustancian así en la imposición de objetivos basados en criterios de rentabilidad análogos a los de los inversores particulares; de hecho, el propio artículo 2 del estatuto, con una fórmula bastante amplia, afirma que su misión institucional en términos genéricos es «*contribuire al perseguimento degli obiettivi dell'Unione europea*».

La normativa específica sobre el organismo da, por tanto, a entender que el FEI es un instrumento extremadamente dúctil. Dada la amplitud de sus fines institucionales y la ausencia de límites estrictos a la actividad de adquisición y gestión de las participaciones sociales, el organismo, al menos de forma abstracta, parece disponer de todas las características necesarias para transmitir al ámbito de empresas concretas un interés general de carácter europeo, a través del ejercicio de las facultades ordinarias del socio, reproduciendo en una dimensión europea las funciones anteriormente desempeñadas por los entes de gestión que caracterizaron la experiencia italiana del siglo pasado.

3 El llamado criterio de «adicionalidad» y el Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas (FEIE)

Más limitadas, pero muy relevantes, son las funciones asignadas al Fondo Europeo para Inversiones Estratégicas, que es el pilar central de un proyecto más amplio de reformas que

regap



ESTUDIOS

considera entre sus objetivos la superación del tratamiento por sectores que ha caracterizado el enfoque europeo de la crisis⁷.

Su institución se formalizó con el Reglamento UE 2015/1017, de 25 de junio de 2015, basándose en la articulada reflexión desarrollada sobre las inversiones a largo plazo⁸, con el fin de ofrecer una financiación de riesgo adecuada para apoyar las inversiones de determinadas empresas (art. 3).

Dadas estas características, la actividad del fondo parece estar naturalmente dirigida a la utilización de instrumentos que comportan la adquisición de participaciones sociales, que, por otra parte, están expresamente recogidos en el propio reglamento [art. 10, § 2, letras a) y b)].

El instrumento debería permitir mover al menos trescientos quince mil millones de euros en inversiones, que podrían aumentar significativamente en virtud de las contribuciones voluntarias aportadas por cada uno de los Estados miembros, sobre todo a través de los propios inversores públicos de largo plazo, o de terceros (art. 7, § 4)⁹.

Al menos desde el punto de vista funcional, el FEIE sigue una lógica que viene a completar las soluciones propuestas por Francia e Italia¹⁰, inspiradas en el modelo alemán del KfW, que, aunque retoma aspectos significativos de sus estructuras organizativas, presenta algunas características nuevas respecto a dichas experiencias de ámbito nacional.

Gran parte de los requisitos que tiene que cumplir la organización y sus operaciones tienden a confundirse con las condiciones exigidas para el acceso a la garantía ofrecida por las instituciones europeas, que es un elemento esencial para la propia operatividad del fondo¹¹.

El modelo organizativo adoptado es, por tanto, extremadamente complejo, ya que, además de sufrir la interferencia de las principales instituciones de la Unión, padece una serie de elementos añadidos necesarios para la concesión de la garantía¹².

7 Una síntesis de las distintas medidas figura en la Comunicación de la Comisión *Un plan de inversiones para Europa*, Bruselas, 26/11/2014, COM (2014) 903 final, llamado *Plan Juncker*. Se trata, por otra parte, de medidas que no se basan únicamente en la financiación de carácter público, sino que tratan de estimular las inversiones a largo plazo también a través de la definición de un marco normativo más funcional para proyectos privados. En este sentido, véase el Reglamento (UE) 2015/760, de 29 de abril de 2015, relativo a los fondos europeos a largo plazo (llamado Reglamento ELTIF), donde se recoge una normativa específica para determinados fondos de inversión privados dirigidos a dar apoyo a la economía real a través de canales de financiación alternativos a los bancarios. Para profundizar en las medidas previstas en el Plan Juncker, véase BASSANINI, F., y REVLIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", *Astrid Rassegna*, n. 11, 2015, p. 4.

8 Sobre este punto, véase el informe de LAROSIÈRE, J., *Report: the high level group on financial supervision in the EU*, Bruselas, 2009, y el de MONTI, M., *Report to the President of the European Commission: a new strategy for the single market. At the service of European economy and society*, 2010. A estos documentos siguieron el *Libro verde: il finanziamento a lungo termine dell'economia europea*, Bruselas, 25 de marzo de 2013, COM (2013) y la *Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul finanziamento a lungo termine dell'economia europea*, Bruselas, 27/03/2014, COM (2014).

9 BASSANINI, F., y REVLIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", cit., p. 18, aporta datos significativos en los que se señala que «KfW, CDC, CDP, BGK si sono impegnate con 8 miliardi di euro a testa da investire, non direttamente nel Fondo, ma nei progetti e nelle piattaforme del Piano, la spagnola ICO con 1,2 miliardi di euro».

10 En este sentido, véase GARONNA, P., y REVLIGLIO, E., "Introduction", Garonna, P., y Reviglio, E. (dirs.), *Investing in Long-Term Europe Re-launching fixed, network and social infrastructure*, Luiss University Press, Roma, 2015, los cuales señalan como principio importante de dichas medias del llamado Plan Juncker «the "complementarity" of National Promotional Banks with respect to the market, and the recognition of their institutional role as pillars of the European Fund for Strategic Investment (FEI) alongside the EIB».

11 Sobre las condiciones de acceso a la garantía, véase la normativa contenida en el capítulo III, *Garanzia dell'Unione e Fondi di garanzia dell'Unione*, del Reglamento UE 2015/1017, artículos 8 y ss.

12 Sobre este punto, véanse los artículos 12 y 14 del Reglamento UE 2015/1017.

Su gobernanza interna gravita alrededor de las funciones asignadas al comité de dirección, que es un órgano compuesto por cuatro miembros, de los cuales tres son nombrados por la Comisión Europea y uno es nombrado por la BEI. El órgano es el encargado de definir la orientación estratégica del FEIE, las políticas y los procedimientos necesarios para su funcionamiento, la normativa sobre relaciones con la banca o los institutos nacionales de promoción y los riesgos relacionados con las operaciones del fondo. El comité de dirección desempeña, por otra parte, funciones significativas también en el proceso selectivo del director general, encargado de la gestión corriente del fondo, y del comité de inversiones¹³.

Este último es el órgano responsable del análisis de los posibles proyectos, la concesión de la garantía y la aprobación de las operaciones con plataformas de inversión y bancos o instituciones nacionales de promoción, de conformidad con las orientaciones en materia de inversiones contenidas en el anexo II de dicho reglamento. Dada la delicadeza de las funciones desempeñadas, está expresamente previsto que los miembros correspondientes *«esercitano le loro funzioni in completa imparzialità e negli interessi del FEIS»* y que *«non chiedono o accettano istruzioni dalla BEI, dalle istituzioni dell'Unione, dagli Stati membri o da altri organismo pubblici o privati»* (art. 7, § 9, reg.).

Sin embargo, los aspectos principales que caracterizan el FEIE son los que se refieren a las operaciones, ya que sus inversiones deben respetar necesariamente el criterio de la llamada adicionalidad. Según lo dispuesto por el artículo 5 del reglamento, las intervenciones del fondo, de hecho, tienen que traducirse en inversiones que hagan *«fronte ai fallimenti del mercato o a situazioni di investimento subottimali e che la BEI, el FEI o gli strumenti finanziari esistenti dell'Unione non avrebbero potuto effettuare, o non avrebbero potuto effettuare in equal misura»*.

Se trata de aspectos que afloran en razón del grado de riesgo de cada una de las operaciones, por cuanto el propio artículo 5 aclara que *«i progetti sostenuti dal FEIS hanno tipicamente un profilo di rischio più elevato di quello dei progetti sostenuti tramite operazioni ordinarie della BEI e il portafoglio del FEIS ha, complessivamente, un profilo di rischio più elevato di quello del portafoglio di investimenti sostenuto dalla BEI, nel quadro delle sue ordinarie politiche di investimento»*. Es una solución que puede parecer sustancialmente coherente, ya que el FEIE nace para hacer aquello que no podría hacer la BEI, tanto debido a las prohibiciones expresas relacionadas con la adquisición de participaciones sociales como con el nivel de riesgo implícito de cada operación.

Justamente estas características permiten apreciar las especificidades del FEIE, que desempeña una función complementaria respecto a la misión del FEI, para el que, como hemos visto, las eventuales intervenciones en la estructura del accionariado de las empresas responden sobre todo a una lógica económica. El FEIE puede, sin embargo, implicarse con más facilidad en operaciones de *turnaround*¹⁴ propiamente dichas, que se realizan a través de un ingreso previo en el capital de las empresas, una fase de reestructuración propiamente dicha y la eventual restitución al mercado a través de la cesión de las participaciones sociales.

13 Véanse, respectivamente, el § 6 del artículo 7 y el § 8 del artículo 7 del reglamento.

14 Sobre las operaciones de *turnaround* y, más en general, sobre el tema de las adquisiciones realizadas según las técnicas del *equity*, existe una abundantísima literatura, tanto jurídica como económica. Para enmarcar de forma general el fenómeno, remitimos a las aportaciones principalmente de la literatura económica; entre otras, véase: SCHENDEL, D., PATTON, G., y RIGGS, J., "Corporate turnaround strategies", *Journal of General Management*, n. 3, 1976 (...).

La normativa introducida por dicho Reglamento UE 2015/1017 parece, por otra parte, sustentar una colaboración natural entre el FEIE y los inversores públicos dependientes de los poderes nacionales; de hecho, el artículo 2, apartado 3, prevé que cada Estado miembro pueda definir su “instituto nacional de promoción” encargado de poner en marcha programas de inversión específicos. De esta manera, los sujetos que, partiendo del modelo alemán, se han afirmado en el sector de las inversiones públicas se convierten en destinatarios de una misión de interés general de inspiración europea que legitima su papel y, al mismo tiempo, contribuye a alimentar sus funciones¹⁵.

4 El papel de los bancos nacionales de fomento

En consonancia con el objetivo de llevar a cabo una integración más clara entre las políticas de inversión europeas y las de carácter nacional, la Comisión, tras la institución del FEIE, se pronunció de forma expresa sobre el papel de los llamados bancos nacionales de promoción, es decir, de inversores de largo plazo vinculados de distintas maneras al ámbito público¹⁶.

Las indicaciones al respecto, reproduciendo el marco definido por el KfW, no se limitan a ofrecer una síntesis de algunos de los aspectos que caracterizan en mayor medida dicha figura, sino que se centran en la elaboración de directrices propiamente dichas que deberían regir el proceso de institución. De este modo, el fenómeno parece ser una clara manifestación de un proceso más profundo de financiarización de las técnicas de intervención pública en la economía que, inspirándose en el modelo alemán, se ha extendido posteriormente al resto del área europea¹⁷.

Del análisis positivo de los respectivos ordenamientos nacionales, es posible extraer algunos rasgos comunes que dan a entender que estamos en presencia de una nueva categoría de operadores económicos públicos que, en función de las especificidades de la organización y la actividad, tienen la misión de cubrir las necesidades financieras de los distintos ordenamientos de pertenencia: cada uno de ellos es titular de una misión pública específica de carácter promocional; ha sido instituido mediante una intervención legislativa concreta; dispone de una organización especial y está sometido a mecanismos de control público; goza de una aplicación selectiva de la normativa bancaria; se apoya, también basándose en disposiciones de ley explícitas, de estructuras societarias y fondos de inversión adecuados; y, por último, goza de una garantía del Estado adecuada, pero, al mismo tiempo, está excluido del grupo

15 En el ordenamiento italiano, dicho papel institucional ha sido asignado a la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. en virtud de la Ley de 28 de diciembre de 2015 n. 208, artículo 1, apartado 826 y ss.

16 Sobre este punto, véase en profundidad la Comunicación de la Comisión *Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo: papel de los bancos nacionales de fomento (BNF) en el apoyo del Plan de Inversiones para Europa* 361 final, de 22 de julio de 2015. La intervención es el desarrollo natural de la Comunicación de la Comisión *Un Plan de Inversiones para Europa*, COM (2014) 903 final, de 26 de noviembre de 2014, y con la *financiación a largo plazo de la economía europea* de 27 de marzo de 2014; de hecho, las indicaciones recogidas, integrándose con la normativa introducida por el Reglamento FEIE, parecen ser adecuadas para garantizar el desarrollo de modelos de cooperación institucional con el BEI, tanto a través de la participación en el FEIE como mediante plataformas específicas de inversión, es decir, acuerdos de coinversión que, estando estructurados para catalizar las inversiones en un conjunto de proyectos, más que en intervenciones concretas, permitan agregarlos para «reducir los costes de las operaciones y la información y distribuir de forma más eficaz el riesgo entre los distintos inversores».

17 Sobre este punto, véase BASSANINI, F., “La ‘mutazione’ della Cassa Depositi e Prestiti: bilancio di un quinquennio (2009-2015)”, *www.astrid-online.eu*, p. 8.

de sujetos que concurren en la definición de la Cuenta de Resultados Consolidada elaborada por los Estados para el Sistema Europeo de Cuentas (SEC 2010)¹⁸.

Para gran parte de estos organismos, la gestión de las participaciones sociales, a pesar de no cubrir toda la actividad necesaria, tiene una función específica que, siendo asignada y regulada mediante las disposiciones legislativas adecuadas, se institucionaliza en el ente¹⁹.

Una lectura integrada de las características que los distinguen permite entender que dicho modelo plantea no pocos problemas de compatibilidad con las reglas europeas, ya que tienen un tratamiento privilegiado en comparación con las demás categorías de operadores económicos.

Sin embargo, quitando algunas correcciones iniciales que se impusieron al modelo alemán en función de la extensión de la garantía estatal²⁰, el fenómeno ha sido ampliamente tolerado por las instituciones europeas, y ha encontrado su legitimación de forma póstuma justamente con la citada *Comunicación*.

De esta manera, las características inherentes a la institución, el mandato y la capitalización de estos entes han encontrado su justificación en la relevancia de la misión pública asignada a estos, ya que, tratándose de sujetos encargados de dar cobertura financiera a sectores que no encuentran los financiadores comerciales, su misión consiste en cubrir las lagunas del mercado²¹.

Observando las modalidades operativas de dichos organismos, la actividad encomendada a ellos se caracteriza por respetar rigurosamente la lógica de mercado, algo que se subraya como característica principal de la gestión de las participaciones sociales. La elasticidad que caracteriza la gestión de la adquisición y cesión de participaciones, de hecho, refleja los objetivos patrimoniales, de manera que las únicas obligaciones a las que están efectivamente sujetos son de carácter económico y tienden a cumplirse respetando el criterio del inversor de mercado contemplado en la normativa de referencia como condición necesaria y suficiente para regular los distintos casos.

Se trata, probablemente, del aspecto más problemático de la actividad de estos organismos, ya que sus operaciones financieras, si se evalúan desde el punto de vista de esta lógica, pueden considerarse legítimas, aunque sean intrínsecamente discriminatorias. Cuando la actividad

18 Los aspectos que caracterizan la organización interna y los controles públicos predisuestos para estos organismos son muy complejos. Para un análisis de los correspondientes casos, remitimos a CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, Jovene, Nápoles, 2016, y para las referencias normativas y doctrinales relacionadas con la experiencia italiana, francesa y alemana véanse, respectivamente, pp. 109 y ss., pp. 466 y ss., pp. 489 y ss.

19 Están expresamente legitimadas para perseguir su misión de financiación a través de la adquisición de las participaciones sociales KfW, Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., CDC y Bpifrance. Sin embargo, son más concretas las funciones asignadas al Instituto de Crédito Oficial (ICO); a pesar de ser titular de participaciones significativas en organismos instrumentales para objetivos de financiación de la economía española, desde el punto de vista técnico no parece tener una misión institucional de ese tipo, dado el artículo 4 del Real decreto 706/1999, de 30 de abril, porque considera la posibilidad de adquirir participaciones dentro del ámbito de empresas financieras, pero prohíbe expresamente la adquisición de participaciones en sociedades que operan en otros sectores.

20 Sobre este punto, véase la Decisión CE *State aid No Y 10/2000 – Germany. State guarantees for public banks in Germany* C (2002), 1286, de 27 de marzo de 2002. Para una reconstrucción completa del asunto, véase MOSER, S., PESARESI, N., y SOUKUP, K., “State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community”, *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002, pp. 7 y ss.

21 Sobre este punto, véase la Comunicación de la Comisión *Trabajar juntos por el crecimiento y el empleo: papel de los bancos nacionales de fomento (BNF) en el apoyo del Plan de Inversiones para Europa*, p. 6.

de capital inversión se concreta a través de organismos de ámbito público, al realizarse las adquisiciones con financiación pública, deberían respetar estrictamente los criterios de selección determinados para las categorías de empresas admitidas a la financiación, algo que evidentemente no sucede al valorar solo la rentabilidad de la inversión, que únicamente se puede considerar en el caso de operaciones ya en curso y, por otra parte, sin tener en cuenta la posibilidad de destinar los recursos a otra alternativa²².

Esto da a entender que dicho fenómeno adolece de una contradicción de fondo intrínseca, dado que, si la existencia de estos operadores públicos basa su justificación en las deficiencias del mercado, no tiene sentido exigir que se comporten de forma análoga a un inversor privado, ya que significaría imponer una lógica que se ha demostrado inadecuada.

Estos problemas, sin duda, ponen de manifiesto un sistema todavía en vías de consolidación, en el que el rigor inicial con el que se percibían los límites europeos ha tenido que ceder el paso a una lógica más permisiva. Por tanto, tratándose de un sistema que está aún en pleno devenir, buscar algo de coherencia en la normativa lógicamente es bastante difícil.

5 La posible superación del criterio del inversor de mercado y el nuevo paradigma de “deficiencia de mercado”: la evolución de las características de la intervención pública en la economía

La contradicción de fondo que caracteriza la actuación de los bancos nacionales de fomento, en cualquier caso, evidencia que las problemáticas relacionadas con la intervención pública en la economía se perciben con una sensibilidad distinta respecto al pasado.

Aunque son relevantes, los problemas planteados por la intervención de dichos organismos han sido hasta ahora tolerados por las instituciones europeas, que, lejos de establecer medidas correctoras significativas para sus actuaciones, parece que tienen intención de ampliar el perímetro operativo, según un enfoque que pone en discusión dicho criterio del inversor privado de mercado.

La adopción del llamado Plan Juncker ha ofrecido la ocasión para iniciar este proceso de renovación de las posturas europeas en materia de intervención pública en la economía.

El reglamento de creación del FEIE ha tenido el mérito de legitimar la existencia de los organismos objeto de análisis, invistiéndoles de una configuración especial. Se definen «bancos nacionales de fomento», de conformidad con el artículo 2, apartado 3, «las entidades jurídicas que realicen actividades financieras con carácter profesional y a las que un Estado miembro o una entidad de un Estado miembro haya otorgado un mandato, a nivel central, regional o local, para llevar a cabo actividades de desarrollo o promoción»²³.

22 Se trata de principios enunciados hace tiempo por NIGRO, M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milán, 1969, pp. 52 y ss.

23 Cfr. artículo 2, apartado 3, Reglamento UE 2015/1017.

La Comunicación de la Comisión sobre los bancos nacionales de fomento²⁴ no solo contribuye a definir de nuevo los límites del concepto, sino que enmarca las actividades en un contexto que no parece ya compatible con los límites europeos tradicionales impuestos a la intervención pública en la economía.

La razón que debería determinar su institución, de hecho, está recogida y «es que las deficiencias del mercado pueden dar lugar a una reducción de las inversiones y, por tanto, a un crecimiento futuro más lento del que sería económicamente eficiente, y que una institución pública está en mejores condiciones que los operadores privados para superar estas deficiencias del mercado»²⁵. Y, justamente con este fin, la Comisión ha decidido invitar explícitamente a todos los Estados—incluso a aquellos que todavía no lo han dispuesto— a instituir un banco nacional de fomento, elaborando una serie de «principios rectores» relacionados con la actividad, los instrumentos a emplear y la modalidad de gobernanza a adoptar.

La definición de un nuevo perímetro de intervención, que presupone la necesidad de adoptar medidas para corregir las deficiencias del mercado, evidentemente no puede anteponerse a la lógica de las inversiones de mercado.

De hecho, los bancos nacionales de fomento, a pesar de tener que invertir en proyectos que deben ser «económicamente viables», pueden realizar operaciones con perfiles de «rentabilidad suficiente (aunque inferior al coste de capital de los operadores privados) para mantener la viabilidad financiera sin necesitar continuas inyecciones de capital por parte del Estado»²⁶.

Es notable, por tanto, la diferencia con los enfoques precedentes, que, incluso desde el punto de vista terminológico, se traduce en una rentabilidad de la inversión «inferior al coste de capital de los operadores privados» y, en consecuencia, por definición, incompatible con el criterio del inversor de mercado.

El límite externo a la intervención está también formulado en términos más amplios, ya que la seguridad de la inversión se sustituye por una prohibición más general que prohíbe que se «tomen decisiones financieras y de organización aleatorias»²⁷. Las operaciones admitidas no deberían tampoco «perturbar los mercados, excluir a los operadores privados o mantener en actividad empresas que de otro modo habrían salido del mercado», y no deberían alejarse de «políticas de fijación de precios basadas en el mercado».

En estas condiciones, la Comisión considera dichas operaciones perfectamente compatibles con la normativa en materia de ayudas estatales. Aun tratándose de ayudas, estas deberían considerarse admisibles siempre que estén dirigidas a equilibrar las evidentes deficiencias del mercado y, por tanto, sean calificables como ayudas «apropiadas»²⁸.

24 Que, explicitando la acción de los bancos nacionales de fomento, sobre todo, confirma la afinidad de la actividad desarrollada por los inversores públicos de largo plazo con la desarrollada por los bancos nacionales de fomento, certificando sustancialmente su supremacía. Ambos son, de hecho, organismos investidos por la ley de misiones de promoción y desarrollo, y actúan a través del desarrollo de actividades financieras.

25 Cfr. Comunicación (COM) 361, 2015, p. 3.

26 Cfr. Comunicación (COM) 361, 2015, p. 5.

27 *Ibidem*.

28 Cfr. en este sentido la Comunicación de la Comisión “Modernización de las ayudas estatales en la UE”, COM (2012) 209 *final* de 08/05/2012.

Justamente en este punto reside la principal novedad: la Comisión considera la ausencia de inversiones por parte de los particulares como una deficiencia del mercado propiamente dicha, cuya solución no puede consistir en la concesión de financiación por parte de sujetos públicos. En consecuencia, los bancos nacionales de fomento no solo tienen capacidad, sino que se les anima a actuar a través de intervenciones que «estén correctamente orientadas para subsanar las deficiencias del mercado y, de este modo, contribuir al desarrollo económico y financiero».

Las propuestas que pueden surgir de estos nuevos enfoques son múltiples. En primer lugar, que la Comisión ha enunciado una nueva tipología de deficiencia de mercado que hasta ahora no había sido debidamente formulada: la carencia de inversiones por parte de particulares que permite abrir las puertas a la intervención pública en la economía.

Dicha intervención, de hecho, ya no se circunscribe al operador privado, sino que se ha desvinculado completamente de este y tiene la misión de suplir sus carencias. Se trata de un enfoque que indica una primera superación de las contradicciones inherentes a la normativa sobre ayudas estatales que, al imponer el respeto estricto de la lógica económica, acababa por deslegitimar, al menos desde el punto de vista utilitarista, dicha necesidad de intervención pública. Estas conclusiones adquieren aún más relevancia si tenemos en cuenta que, tras la crisis económica y financiera que ha azotado a Europa, hemos asistido a una drástica caída de las inversiones que afecta a todo el mercado europeo²⁹. En consecuencia, la intervención pública en la economía para corregir dicha caída generalizada de las inversiones tiene, a su vez, un panorama de acción potencialmente muy amplio.

La segunda propuesta es que el nuevo criterio que debería regir la intervención pública en la economía, ante una probable superación del criterio del inversor de mercado, debería tenerse en cuenta ya desde el inicio en la normativa de la Unión Europea.

Los rasgos que describen las nuevas formas de intervención de los bancos nacionales de fomento, de hecho, presentan analogías significativas con el llamado criterio de *adicionalidad*, introducido expresamente en las normas que regulan el FEIE, que hemos tratado anteriormente.

De hecho, también mediante la aplicación del criterio de adicionalidad se llevan a cabo intervenciones dirigidas a corregir las deficiencias de mercado, en situaciones “subóptimas” y, por tanto, con riesgos ontológicamente más elevados que los que corren los operadores de mercado prudentes. Es más, parece implícita en la aplicación de este criterio la no aplicación, en dicha intervención, del criterio del inversor de mercado.

En consecuencia, cabe preguntarse si, a través de la normativa (incluso de derecho indicativo) hasta aquí analizada, las instituciones europeas se proponen iniciar una transición de la aplicación del criterio del inversor de mercado a la del criterio de adicionalidad, estableciendo así un nuevo canon para evaluar de forma general la intervención en la economía de los

²⁹ El plan, de hecho, persiguiendo el ambicioso objetivo de combatir la crisis económica y financiera que ha azotado a Europa, y eligiendo la promoción de nuevas inversiones como camino para una recuperación estable y sostenible, afirma que la principal consecuencia de la crisis es justamente la caída drástica y generalizada de las inversiones.

poderes públicos, recolocándolos en los ámbitos para los que han sido concebidos: actuar donde no operan, o no pueden operar, las entidades privadas³⁰.

El criterio de adicionalidad es sin duda el criterio operativo del FEIE que lo legitima para intervenir cuando los instrumentos de actuación ordinarios no están autorizados para hacerlo³¹. Pero quizás todavía es demasiado pronto para considerar acertada una afirmación sobre los *national promotional bank* en este sentido, pues, a pesar de la apertura que muestran los últimos enfoques europeos, parecen moverse en un contexto claramente más ambiguo, en el que los distintos ordenamientos nacionales están aplicando soluciones diferenciadas.

6 Los distintos modelos de intervención pública en la economía como factor de desequilibrio entre las economías nacionales

Las normativas nacionales dedicadas a los bancos nacionales de fomento demuestran que el nuevo enfoque europeo ha sido incorporado con sensibilidades bastante distintas.

En las experiencias más maduras, que son los modelos adoptados en Alemania, Francia e Italia, el interés público que subyace a las distintas intervenciones a menudo aparece disimulado por objetivos de carácter económico. Sin embargo, el grado con el que se ha institucionalizado su incidencia en las decisiones de inversión adoptadas por los distintos bancos nacionales de fomento define modelos en absoluto homogéneos.

Sin ánimo de exhaustividad, podemos subrayar que formalmente –entre los bancos nacionales de fomento por excelencia, Cassa Depositi e Prestiti (CDP), Caisse des Dépôts et Consignations (CDC) y Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW)– el organismo que parece más atento a no incurrir en incumplimientos es la Cassa Depositi e Prestiti. De hecho, en primer lugar, está atenta a separar los recursos públicos de los “privados” a través de una división formal entre una gestión separada y una gestión ordinaria³².

En segundo lugar, la acción de la CDP respeta el criterio del inversor de mercado mediante la imposición de la restricción teleológica de la obtención de beneficios, así como a través de la definición detallada de las características de las empresas (equilibrio financiero estable y perspectivas de rentabilidad adecuadas), en las que es posible adquirir participaciones (el art. 8 *bis* del DL 269/2003).

Sin embargo, en los modelos francés y alemán no se asiste a la aplicación formal y rígida del criterio del inversor privado de mercado.

30 Véase sobre este punto lo afirmado por ROSSI, G., “Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni”, cit., p. 2, el cual considera que «chi sostiene che l'intervento dello Stato è giustificato solo per supplire alle carenze del mercato, e quindi qualora il mercato non vi provveda, cade poi in contraddizione quando esige che lo Stato si comporti come un privato e considera legittimo il suo intervento solo se un investitore privato lo porrebbe in essere», así como CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, cit., p. 531.

31 Cfr., sobre este punto concreto, que la expresión utilizada por el legislador europeo en el artículo 5 del Reglamento UE 2015/1017 se refiere explícitamente a: «operazioni che fanno fronte ai fallimenti del mercato o a situazioni di investimento sub ottimali e che la BEI, il FEI o gli strumenti finanziari esistenti dell'Unione non avrebbero potuto effettuare, o non avrebbero potuto effettuare in equal misura».

32 Sobre este punto, véanse los interrogantes planteados por MUCCIARELLI, F.M., “Ma cos'è diventata la Cassa depositi e prestiti?”, *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2004, p. 360. En contra, véase BASSANINI, F., “La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti”, *Astrid Rassegna*, n. 8, 2015, p. 5.

La normativa del KfW, por ejemplo, otorga facultad a los órganos del ente para decidir de forma discrecional las modalidades de desempeño de su misión institucional, estableciendo límites más elásticos a los impuestos por la Cassa Depositi e Prestiti. En concreto, el criterio del inversor privado de mercado, en la normativa que regula la actividad del KfW, se traduce en una fórmula más elástica que obliga a actuar dentro del «*rispetto degli interessi patrimoniali dell'ente*», y a poner solo en marcha las «*attività promozionali*» (que parecen gozar de una acepción muy extensa³³). A esto hay que añadir que el KfW está exento expresamente del pago de impuestos, teniendo el mismo estatus jurídico que el Bundesbank³⁴, y, sobre todo, carece de ánimo de lucro. Ambas circunstancias concilian mal con la adopción de «*comportamenti dettati da una mera convenienza economica e pertanto inidonei a determinare dei vantaggi competitivi*».

Se pueden esgrimir los mismos argumentos sobre la normativa de la Caisse des Dépôts et Consignations. Esta establece como única condición para la actuación del ente la «*tutela del proprio interesse patrimoniale*». También en este caso el parámetro es bastante abstracto, permitiendo al ente elegir con una gran discrecionalidad las modalidades operativas y superar con facilidad los rígidos límites impuestos por el criterio del inversor de mercado³⁵.

Los distintos enfoques son en parte fisiológicos en un periodo de transición, en el que reglas más rígidas se sustituyen por otras más elásticas. Sin embargo, como hemos subrayado, cuando las asimetrías normativas afectan a cuestiones relativas a la intervención pública en la economía, cuando prevalecen enfoques más restrictivos, los Estados están expuestos «*ai comportamenti predatori di quelli che hanno assunto posizioni più elastiche, contribuendo ad amplificare le differenze fra le varie economie nazionali*»³⁶.

7 Conclusiones: financiación de los modelos de intervención pública de la economía y gestión centralizada de las participaciones europeas

Los aspectos organizativos y funcionales que caracterizan a los fondos europeos de inversión, así como las indicaciones sobre los llamados bancos nacionales de fomento, dan a entender que las instituciones europeas, de forma independiente o en colaboración con inversores nacionales, disponen de distintos instrumentos que, al apoyarse en operaciones de carácter estrictamente financiero, permiten una intervención plena en la economía.

33 De hecho, se enumeran en el artículo 2, apartado 1, números 1 a 4 de la ley que instituye el KfW. Cfr. KfW Bankengruppe, *Law concerning KfW*, artículo 2, apartado 1.

34 Goza, por tanto, de los mismos beneficios y ventajas fiscales, y de beneficios para la construcción y arrendamiento de edificios. Cfr. KfW Bankengruppe, *Law concerning KfW*, artículo 11: «*With respect to taxation, construction of buildings, accommodation, and rent of buildings, KfW has the same rights as the German Central Bank (Deutsche Bundesbank)*».

35 Hasta el punto de que se prevé incluso que el grupo pueda intervenir para apoyar a las empresas en crisis temporal, siempre dentro del respeto de sus intereses patrimoniales, circunstancia evidentemente poco compatible con el criterio del inversor de mercado. La *Caisse des Dépôts et Consignations*, de hecho, está autorizada para apoyar a las empresas en dificultad, con el fin de promover actividades de reestructuración, mejorar las condiciones de desarrollo e incluso favorecer la permanencia de su control en Francia. Cfr. SCHPILBERG-KATZ, J., *La Caisse des dépôts*, P.U.F., París, 2008, p. 73.

36 En este sentido, véase CARUSO, G.M., *Il socio pubblico*, cit., p. 436.

Dada la amplitud de su misión institucional, el FEI es el que presenta un mayor potencial, ya que el organismo, a pesar de estar sometido a mantener la lógica económica en sus operaciones, en general, apoya los intereses de la Unión Europea.

Sin embargo, el FEIE, al tener la misión de cubrir los espacios de actuación no atendidos por el primero, puede superar el enfoque habitual de la rentabilidad de la inversión y parece funcional para operaciones más especializadas que requieran una participación en los procesos de reestructuración de las empresas.

Reproduciendo en una dimensión supranacional las funciones anteriormente desempeñadas por los entes de gestión, la actividad de estos fondos podría limitarse a garantizar que el interés general europeo quede recogido en la gestión de empresas que operan en determinados sectores neurálgicos, como por ejemplo el de las redes, es decir, dar un paso intermedio para que la intervención en la estructura del accionariado de determinadas empresas tenga como objetivo la creación gradual de empresas europeas de verdadero interés general.

Obviamente, la utilidad de estos organismos dependerá de cómo las instituciones europeas logren dirigir sus acciones de forma útil para el proceso de integración.

Está claro que las características de los instrumentos utilizados permiten que una serie de ámbitos históricamente reservados a la acción de los poderes nacionales sean ahora más fácilmente permeables a la entrada del interés general europeo. De hecho, al estar este disimulado por objetivos de carácter financiero, puede irse consolidando gradualmente, de manera que las intervenciones, lejos de ser percibidas como interferencias indebidas, se toleren más fácilmente. La consolidación del criterio de la adicionalidad y su relación con el descubrimiento de eventuales deficiencias del mercado parecen moverse en esta dirección, por cuanto deberían permitir obviar fenómenos de *path dependency*, ligados de distintas maneras a la valorización del criterio del inversor de mercado, que habían obstaculizado la consolidación de políticas de inversión eficaces³⁷.

Por lo demás, ambos fondos prevén modalidades de intensa colaboración con los inversores de carácter nacional, tanto a través de su participación directa en operaciones concretas como de su posición acordada dentro de las correspondientes estructuras, que están pensadas para representar los distintos intereses de relevancia. Las complejas estructuras organizativas de base asociativa mediante las que se ordena, al contemplar la participación directa de las instituciones europeas, los inversores públicos nacionales homólogos y, al menos en potencia, también de particulares, permiten la mediación de varias instancias para que las políticas de inversión respondan a una lógica compartida.

Las soluciones recogidas en el ordenamiento europeo parecen conducir, por tanto, a una nueva fase del proceso de integración, donde sinergias más intensas entre operadores de

37 Se trata de un fenómeno sobre el que existe una amplísima literatura económica dirigida a subrayar las anomalías que pueden producirse debido a esta "dependencia del recorrido" pasado. Sobre este punto, entre otros, véase: ARROW, K. J., *Social Choice and Individual Values*, New Haven, 1963, pp. 119 y ss. (...). En términos más generales, véase LESGUILLONS, H., "L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 4, 2003, p. 363; CARTIER-BRESSON, A., *L'État actionnaire*, París, 2010, p. 366. Respecto al contexto italiano, véase ONIDA, F. y DE VINCENTI, C., "Le ristrutturazioni e la politica industriale", *Astrid, Proposte di politiche pubbliche per il governo del Paese*, Firenze, 2013, p. 153.

distinta extracción permitan una compenetración efectiva entre el interés europeo y los nacionales, potencialmente sensible a las demandas de los particulares³⁸.

No ha transcurrido todavía el tiempo suficiente para entender si estos enfoques tienen carácter transitorio o están destinados para asentarse a lo largo de los años. Sin embargo, la experiencia demuestra que las necesidades económicas han sido a lo largo del pasado el motor de cambios históricos, y han permitido reconocer y consolidar intereses generales más duraderos³⁹.

8 Bibliografía

ARROW, K.J., *Social Choice and Individual Values*, New Haven, 1963.

AUBY, J.-B., y DE LA ROCHÈRE, J.D., "Introduction générale", Auby, J.-B., y De la Rochère, J.D., (dirs.), *Droit Administratif européen*, Bruylant, Bruselas, 2007.

BASSANINI, F., "La "mutazione" della Cassa Depositi e Prestiti: bilancio di un quinquennio (2009-2015)", *www.astrid-online.eu*.

BASSANINI, F., "La politica industriale dopo la crisi: il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti", *Astrid Rassegna*, n. 8, 2015.

BASSANINI, F., y REVIGLIO, E., "Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker", *Astrid Rassegna*, n. 11, 2015.

CARTIER-BRESSON, A., *L'État actionnaire*, Paris, 2010.

CARUSO, G. M., *Il socio pubblico*, Joverne, Nápoles, 2016.

DE LAROSIÈRE, J., *Report: the high level group on financial supervision in the EU*, Bruselas, 2009.

GARONNA, P., y REVIGLIO, E., "Introduction", Garonna, P., y Reviglio, E. (dirs.), *Investing in Long-Term Europe Re-launching fixed, network and social infrastructure*, Luiss University Press, Roma, 2015.

LESGUILLONS, H., "L'État actionnaire et le principe de l'investisseur privé", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n. 4, 2003.

MONTI, M., *Report to the President of the European Commission: a new strategy for the single market. At the service of European economy and society*, 2010.

38 Sobre la relación de interpenetración entre el derecho europeo y los nacionales, entre otros, véase AUBY, J.-B., y DE LA ROCHÈRE, J.D., "Introduction générale", Auby, J.-B., y De la Rochère, J.D., (dirs.), *Droit Administratif Européen*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 3 y ss., que hablan sobre *brassage multilatéral de droits*.

39 La reflexión se refiere evidentemente a los acontecimientos que han caracterizado al ordenamiento italiano, cuando el IRI, instituido con el RDL de 23 de enero de 1933, n. 5, para afrontar las urgentes necesidades económicas, en pocos años ha modificado sus fines y, con la Ley de 24 de junio de 1937, n. 905, se transformó en ente permanente y se convirtió en un instrumento estable de intervención del Estado en la economía.

MOSER, S., PESARESI, N., y SOUKUP, K., "State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community", *Competition Policy Newsletter*, n. 2, 2002.

MUCCIARELLI, F.M., "Ma cos'è diventata la Cassa Depositi e Prestiti?", *Mercato Concorrenza Regole*, n. 2, 2004.

NIGRO, M., *Profili pubblicitari del credito*, Giuffrè, Milán, 1969.

ONIDA, F., y DE VINCENTI, C., "Le ristrutturazioni e la politica industriale", *Astrid, Proposte di politiche pubbliche per il governo del Paese*, Firenze, 2013.

ROSSI, G., "Pubblico e privato nello squilibrio fra economia ed istituzioni", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 2, 2015.

SCHENDEL, D., PATTON, G., y RIGGS, J., "Corporate turnaround strategies", *Journal of General Management*, n. 3, 1976.

SCHPILBERG-KATZ, J., *La Caisse des dépôts*, P.U.F., París, 2008.

regap



ESTUDIOS

Medidas da Administración
pública a favor da contratación
das persoas con discapacidade

Medidas de la Administración pública a favor de la contratación de las personas con discapacidad*

Public Administration measures
for the hiring of persons
with disabilities

54
Regap

PALOMA CANEIRO GONZÁLEZ

Doctoranda en Derecho Administrativo Iberoamericano
Universidad de A Coruña

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de
Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades
Becaria de la Fundación ONCE, programa "Oportunidad al Talento", 2014
paloma.caneiro.gonzalez@udc.es

CRISTEL MAGDALENA PÉREZ HERMIDA

Abogada

Miembro del Observatorio de Políticas Públicas en Materia de
Discapacidad, Atención a la Diversidad e Igualdad de Oportunidades
cristelperez@icacor.es

Recibido: 14/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Resumo: O dereito ao emprego das persoas con discapacidade tamén se impulsa desde a Administración pública. Foi diversa a normativa con medidas que amparan a súa contratación laboral directa e indirecta coa Administración. As políticas laborais a favor da contratación de persoas con diversidade funcional tiveron diversos resultados; non obstante, non se pode concluír que as discriminacións laborais minguasen.

Palabras clave: Emprego público e privado, diversidade funcional, discriminación laboral, enfermidade, reservas de postos.

Resumen: El derecho al empleo de las personas con discapacidad también se impulsa desde la Administración pública. Ha sido diversa la normativa con medidas que amparan su contratación laboral directa e indirecta con la Administración. Las políticas laborales a favor de la contratación de personas con diversidad funcional han tenido diversos resultados; sin embargo, no se puede concluir que las discriminaciones laborales hayan menguado.

Palabras clave: Empleo público y privado, diversidad funcional, discriminación laboral, enfermedad, reservas de puestos.

* Paloma: Hoy has ido hacia la luz, dejando corazones tristes tras de ti, y logros que permanecerán imperturbables en la historia (06/01/2018).

Regap



ESTUDIOS

Abstract: The right to employment of persons with disabilities also takes place within the public Administration. It has been diverse the state regulations that have covered this type of direct contracting with the Administration and indirect through the subcontracting. Labour policies in favour of the hiring of persons with functional diversity have had a variety of outcomes; however, it cannot be concluded that labour discrimination has waned.

Keywords: Public and private employment, functional diversity, labour discrimination, disease, job reservations.

Sumario: 1 Introducción. 2 Normativa de medidas a favor de la contratación pública de personas con discapacidad. 2.1 El acceso de las personas con discapacidad a las convocatorias de turno libre y de derecho reservado en los procesos selectivos. 2.2 Cuotas de reservas de puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas o privadas. 3 Las cláusulas sociales en los concursos de contratación pública. 4 El concepto de persona con discapacidad. Jurisprudencia sobre prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada. 4.1 El concepto de persona con discapacidad en el empleo público. 4.2 Concepto de discapacidad en la empresa privada. Diferencia discapacidad-enfermedad en el marco de aplicación de la Directiva 2000/78. 4.3 Prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada. 5 Conclusiones. 6 Bibliografía. 7 Apéndice jurisprudencial.

1 Introducción

Un concepto que ha ido adquiriendo mayor relevancia conforme pasan los años es la llamada "*responsabilidad social*". Está asociado a empresas privadas de gran envergadura, que han creado un gabinete con este título. En términos de la contratación pública, éste concepto se transforma en la llamada "*gestión pública responsable*".

Ambos términos están asociados con un ideal de compromiso a favor de la sociedad. Se circunscriben a un ámbito de actuación en materias que preocupan, como el medio ambiente, las condiciones laborales y la discapacidad. Este último ámbito de actuación es sobre el que versará este trabajo.

En el campo de la contratación pública existen diversos mecanismos que incorporan y fomentan la contratación de las personas con discapacidad:

Por un lado, en el concurso público de ofertas de empleo a través de la reserva de plazas para personas con discapacidad, entre otros, pero quizás el más conocido y relevante.

Por otro lado, mediante la incorporación de cláusulas sociales en los pliegos de contratación de los procesos de licitación que son redactados por la Administración. En estas licitaciones concurren empresas privadas que prestarán por encargo de la Administración ciertos servicios.

También es frecuente encontrar convocatorias de premios y subvenciones por las que se premia este tipo de contratación responsable. Finalmente, en materia de Seguridad Social son diversas las exenciones que se ofrecen por la contratación de personas con discapacidad.

En definitiva, son varias las normas que han propulsado medidas a favor de la contratación de las personas con discapacidad tanto en el sector público como en el privado. El éxito de la normativa puede ser cuestionable.

Las distintas organizaciones internacionales y, especialmente, la Unión Europea han mantenido el tema de la discapacidad como una responsabilidad actual. Paralelamente, también se ha velado por unas medidas de contratación sostenible que piensa en el medio ambiente y en la responsabilidad social. Diversas políticas inclusivas, y a favor de los derechos de las personas con discapacidad, han inundado la actualidad social y administrativa. El correlativo

fracaso, bien parcial o total, de estas políticas no ha sido impedimento para continuar legislando en la materia.

El proceso de consolidación de un empleo estable de las personas con discapacidad es lento y laborioso, influido por estas políticas. Los beneficios de este tipo de contratación repercuten en diversos ámbitos, sobre todo en el económico.

En el marco histórico, el fomento del empleo de las personas con discapacidad se puede dividir en varias etapas:

Una primera etapa estaba marcada por textos internacionales que incidían sobre la necesidad de adaptar los puestos de trabajo a la discapacidad. Una propuesta seria de ello fue la publicación en el año 1955 de la Recomendación n. 99, que trataba sobre la “rehabilitación y empleo de los inválidos”¹. En el año 1982, las Naciones Unidas aprueban el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, con el objetivo, entre otros, de asegurarse el empleo en condiciones de igualdad y plena participación. Todo ello deriva en el nacimiento del llamado empleo con apoyo, en los Estados Unidos, por la década de los ochenta.

Una segunda etapa se desmarca con la proliferación del acervo normativo que ha continuado la promoción y protección del empleo de las personas con discapacidad. En España, han tenido un importante impacto los siguientes textos normativos: la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en 2006 por las Naciones Unidas; la Ley de integración de los minusválidos, de 7 de abril de 1982; la Ley general de derechos de las personas con discapacidad, publicada el 3 de diciembre de 2013; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU); la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; y el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Con este respaldo normativo, nace el llamado empleo protegido y la Estrategia Española 2012-2020 sobre Discapacidad, que será un referente a largo plazo y orientará las políticas públicas de futuro.

En tercer lugar, diversos estudios de la ocupación de las personas con discapacidad confluyen en la misma conclusión: la tasa de desempleo de las personas con discapacidad supera el de la media de la población. El motivo es la situación de exclusión a la que está sometido este colectivo, la misma por la cual no son tratados como trabajadores potenciales. La crisis económica ha influido de forma negativa, especialmente en la financiación pública que ampara muchas de estas políticas. A raíz de ello, en Madrid tuvo lugar el 2 de diciembre de 2012 una manifestación con miles de personas para reclamar a la Administración el recorte en derechos. Este movimiento se extendió a Gran Bretaña, teniendo lugar en Londres el 22 de junio de 2013 otra manifestación contra la austeridad política de la Unión Europea². Estos movimientos sociales permiten afirmar que se ha inaugurado una nueva etapa. Por este motivo, es el momento idóneo de reflexionar sobre lo actuado en la materia y cómo

1 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014, p. 18 (último acceso: 19/09/2017).

2 ANDRÉS VALENCIA, L., “Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos”, cit., pp. 23 y ss. (último acceso: 19/09/2017).

lograr los objetivos sociales y laborales en el ámbito de la contratación pública y que diversa normativa establece.

2 Normativa de medidas a favor de la contratación pública de personas con discapacidad

La normativa de acceso a la función pública se sostiene sobre tres principios: mérito, capacidad e igualdad. Todos ellos fueron consagrados en el artículo 19 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, de conformidad con lo establecido en los artículos 103.3 y 23.2 de la Constitución española. Esta ley introduce discriminaciones positivas a favor de las personas con discapacidad, mediante la incorporación de articulado que se describe en los textos que la modificaron posteriormente.

a) La Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de medidas para la reforma de la función pública, incluyó una disposición adicional decimonovena que establecía un cupo de reserva del 3 % para las personas con discapacidad. Su desarrollo normativo esperó hasta la aparición del 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 texto prevé las siguientes potestades: solicitar adaptaciones de medios y tiempo en las entrevistas de los concursos; instar la adaptación del puesto de trabajo; que se emita dictamen sobre las personas con discapacidad que acceden al empleo por el turno reservado a fin de determinar su idoneidad para el puesto de trabajo, así como las adaptaciones que necesitarían; y, por último, incorpora la exigencia de acreditar la condición de discapacidad posteriormente a la realización del examen en el turno reservado.

b) La aprobación de la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y su desarrollo normativo en el Real decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad³, han supuesto un mayor impulso a la contratación pública de personas con discapacidad a través de la mejora de los mecanismos instaurados en la anterior normativa:

Se aumenta al 5 % la reserva de las plazas de empleo público (personal temporal y de promoción interna) para personas con una discapacidad igual o superior al 33 %.

Se prevé una acumulación del porcentaje de reserva de plazas que no se haya usado en una convocatoria para la siguiente.

Se prevén convocatorias para personas con discapacidad en un turno independiente, así como el incentivo de las adaptaciones y ajustes en las pruebas selectivas y en el propio puesto de trabajo.

3 Y que sustituye, en cuanto a discapacidad se refiere, el articulado del 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. La aprobación del RD 2271/2004 derivó en la redacción de la Orden APU/423/2005, de 22 de febrero, por la que se establecen las bases comunes que regirán los procesos selectivos para ingreso o acceso en cuerpos o escalas de la Administración general del Estado y, posteriormente, en la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, 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.

Años después tuvo lugar la redacción de los siguientes textos: la Orden PRE/1822/2006, de 9 de junio, por la que se establecen criterios generales para la adaptación de tiempos adicionales en los procesos selectivos para el acceso al empleo público de personas con discapacidad; la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público; y el Real decreto ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo. Todos estos textos incluían articulado relacionado con la contratación de personas con discapacidad, concretando normas anteriores sin desarrollo.

El actual 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, regula diversos aspectos estrechamente vinculados con la discapacidad. Entre los derechos individuales que consagra, figura el derecho a la no discriminación. Además, incorpora los permisos para la conciliación de la vida laboral con la personal, que no son de reciente creación en la regulación de la función pública, pues ya habían sido incorporados en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública.⁴ Por último, esta norma aumenta⁵ el porcentaje de reserva de plazas⁶ a personas con discapacidad:

“Artículo 59. Personas con discapacidad.

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 4 del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración pública.

La reserva del mínimo del siete por ciento se realizará de manera que, al menos, el dos por ciento de las plazas ofertadas lo sea para ser cubiertas por personas que acrediten discapacidad intelectual y el resto de las plazas ofertadas lo sea para personas que acrediten cualquier otro tipo de discapacidad.

2. Cada Administración pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”.

De conformidad con el artículo 70 de esta norma y con el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos

4 Este tema ha sido protagonista de numerosa jurisprudencia que ha seguido las directrices marcadas por el TEDH en razón de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En este sentido, *vid.* TJCE (Gran Sala) 2008/176 de 17 de julio, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

5 Ya en la anterior Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público, en su artículo 59 se establecía el mismo cupo de reserva del 7%. Ambos artículos son idénticos. Su única diferencia reside en el concepto de discapacidad. La Ley 7/2007 toma la definición del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

6 El TC, en su Sentencia n. 269/1994, de 3 de octubre, tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta medida de reserva de plazas. La demandante entendía que esta medida a favor de las personas con discapacidad vulneraba el derecho a la igualdad que la propia Constitución proclama. El tribunal resuelve otorgando legitimidad a este mecanismo, el cual es coherente con el carácter social y democrático del Estado. Además, el alto tribunal afirma que la promoción de la inserción laboral de personas con dificultades en el acceso al empleo es lo que hace efectivo el principio de igualdad.

de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁷, se ha aprobado el Real decreto 702/2017, de 7 de julio, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2017. Este real decreto mantiene el cupo de reserva en el 7 %. En consecuencia, no se introduce variación sustancial de este cupo durante prácticamente la última década.

La medida principal que se debe destacar en toda la normativa es, como se ve, el cupo de reserva. Es una medida de discriminación positiva, que vela por la igualdad de oportunidades y se configura como un mecanismo de gestión pública responsable. Sin embargo, esta medida no tendría razón de ser si en las distintas convocatorias de oposición no se facilitasen adaptaciones para los aspirantes con discapacidad, todo ello con independencia de su elección del turno reservado o libre. Este compuesto mecanismo ha sido objeto de un desarrollo legislativo que ha durado diversos años, pero que su consolidación en las prácticas de la Administración pública y privada solo se puede examinar tras la observancia de la jurisprudencia en la materia.

2.1 El acceso de las personas con discapacidad a las convocatorias de turno libre y de derecho reservado en los procesos selectivos

El artículo 55 del EBEP señala que la selección del personal funcionario y laboral respetará los principios de igualdad, mérito y capacidad, fundamentales en la regulación del acceso al empleo público de las personas con discapacidad. Los aspirantes deberán superar los procesos selectivos (de oposición o concurso oposición y las pruebas que determinen su capacidad), en los que se establecerá el orden de prelación, de conformidad con el artículo 61 del mismo texto legal.

El carácter abierto y libre de los procesos selectivos para la función pública permite que las personas con discapacidad se puedan presentar en igualdad de condiciones⁸, siempre que se posea la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.1 b) del EBEP⁹.

La reserva de plazas para las personas con discapacidad no supone la obligación de participar en ese turno reservado de la convocatoria. De hecho, nadie tiene obligación de manifestarse sobre su discapacidad¹⁰. Por lo tanto, las personas con discapacidad tienen las siguientes opciones de concurrencia en las convocatorias:

7 Normativa que a su vez es dictada de conformidad con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

8 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009, pp.74 y ss.

9 Este requisito de acreditar la capacidad funcional aplicado a las personas con discapacidad se desarrolla en el artículo 59 de la EBEP, indicando que deben acreditar la compatibilidad de su discapacidad con el desempeño de las tareas, las cuales podrán desarrollar con las adaptaciones y ajustes en el puesto de trabajo conforme a las necesidades de su discapacidad. Las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios también podrán usarse en el proceso selectivo. En todo caso, para su uso por el interesado se deberá formular petición previa al respecto y se concederán los ajustes y adaptaciones (materiales y humanos, asistencias y apoyos, y ayudas técnicas o tecnológicas asistidas) siempre que supongan una carga proporcionada para la Administración (en conformidad con los tres criterios del artículo 1.3 del RD 2271/2004: principio de compensación de desventajas, principio de proporcionalidad y, por último, perjuicio a la urgencia y celeridad de los procesos de selección de personal temporal).

10 ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002, p. 32, señala que era frecuente la práctica

Si la convocatoria carece de reserva de plazas, las personas con discapacidad podrán concurrir acreditando su capacidad funcional para las tareas del puesto.

Si la convocatoria tiene reserva de plazas, las personas con discapacidad podrán presentar su solicitud de participación con especificación en tal sentido, añadiendo una declaración de que reúnen el grado de discapacidad requerido y acreditado mediante el certificado expedido por la autoridad competente, generalmente tras la publicación de la lista de aprobados. En caso de que existan personas con discapacidad inscritas en este turno, no beneficiarios de la reserva, que superen en puntuación a aspirantes en el régimen general, se incorporan a la lista de este régimen. En este sentido, el artículo 3 del RD 2771/2004, "Convocatorias ordinarias con reserva de plazas para personas con discapacidad", establece: "2. Con el fin de avanzar en el propósito de conseguir la igualdad de oportunidades, en el supuesto de que alguno de los aspirantes con discapacidad que se haya presentado por el cupo de reserva de personas con discapacidad superase los ejercicios correspondientes, pero no obtuviera plaza y su puntuación fuera superior a la obtenida por otros aspirantes del sistema de acceso general, será incluido por su orden de puntuación en el sistema de acceso general."

Si la convocatoria tiene reserva de plazas y la persona con discapacidad participa por el turno libre, debe mantenerse en ese turno. La persona no podrá cambiarse cuando haya observado que ha superado en calificación a las personas del turno de reserva. En tal caso, se afectaría la seguridad jurídica de las personas con discapacidad que se adscribieron *ab initio* al turno especial.

Finalmente, las personas con discapacidad podrán acceder a convocatorias (mayormente de carácter autonómico) cuya participación está restringida a personas con especiales discapacidades. En estos casos, se acreditará el tipo o grado de discapacidad requerido.

La reserva de plazas en las distintas convocatorias hace posible la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones en las ofertas de empleo público. Sin embargo, este mecanismo no tendría sentido sin los ajustes y adaptaciones en los procesos selectivos y en los puestos de trabajo, en los términos dispuestos en el apartado 2 del mencionado artículo 59 del EBEP.

2.2 Cuotas de reservas de puestos de trabajo para personas con discapacidad en empresas públicas o privadas

Una previsión en sentido similar a la cuota de reserva del EBEP se estableció en la ya derogada Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos (LISMI), y ahora en su normativa sustituta, el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, cuyo artículo 42 afirma:

"Artículo 42. Cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad.

1. Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con

en los años noventa de exigir a las personas con discapacidad que comunicasen su condición; tal práctica es criticada porque no respeta, «al menos formalmente, la autonomía de voluntad del aspirante para solicitar adaptaciones o no hacerlo».

discapacidad. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquélla y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores con discapacidad que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal.

De manera excepcional, las empresas públicas y privadas podrán quedar exentas de esta obligación, de forma parcial o total, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3, del Texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, bien por opción voluntaria del empresario, debidamente comunicada a la autoridad laboral, y siempre que en ambos supuestos se apliquen las medidas alternativas que se determinen reglamentariamente.

2. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo para ser cubierto por personas con discapacidad, en los términos establecidos en la normativa reguladora de la materia”¹¹.

Este cupo de reserva, así como lo establecido en el Real decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad, son medidas de discriminación positiva que han sido implantadas como consecuencia del problema que tienen las personas con discapacidad para acceder a un empleo. Estas medidas son una previsión obligacional para los empresarios con libertad contractual y que solo tiene cabida en este ámbito. En el marco de la ley del empleado público no sería posible tal reserva de puestos, toda vez que no es una contratación incondicionada, sino que debe ajustarse a los principios de mérito, capacidad e igualdad.

El artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (al igual que se refería el equivalente artículo 38 de la LISMI pero no lo decía explícitamente) se refiere a las contrataciones reguladas por el Estatuto de los trabajadores y, por lo tanto, de las empresas privadas¹². Cabría entonces preguntarse qué pasa con esta reserva de puestos en las empresas públicas (o privadas con parte del capital en manos de la Administración). ¿No se deberían regir por los mismos principios de mérito, capacidad y acceso en igualdad de condiciones y, por lo tanto, contrarios a la reserva de puestos pero coherentes con la reserva de plazas en sus convocatorias? Pues bien, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, establece en su artículo 113 “*Régimen jurídico*”, lo siguiente: “*Las sociedades mercantiles estatales se regirán por lo previsto en esta ley, por lo previsto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que le sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de personal, de control económico-financiero y de contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública, sin perjuicio de que excepcionalmente la ley pueda atribuirles el ejercicio*

11 Este artículo se debe relacionar con el propio artículo 59 del EBEP, acerca de la exigencia de igualdad en las condiciones de acceso entre las personas con discapacidad y el resto de aspirantes en relación con el acceso al empleo público (no solo al que posea la condición de funcionario).

12 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, cit., pp. 59-63.

de potestades administrativas". En consecuencia, las empresas mencionadas no se someten a la regulación de la función pública y se rigen por el ordenamiento jurídico privado en tanto en cuanto la normativa de la propia empresa pública no se incluya en el sector estatal, autonómico o local¹³. Por todo ello, se podría concluir que debe tener lugar la reserva de puestos de trabajo del citado artículo 42 del Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad.

Sin embargo, esta conclusión se ve dificultada por el tenor de la disposición adicional primera del EBEP, que establece: "*Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente estatuto y que estén definidas así en su normativa específica*". Se determina así que, si la empresa pública aparece definida en su normativa como dentro del sector público, debe cumplir con los principios de igualdad, mérito y capacidad, restringiéndose de este modo su capacidad de contratar y, por lo tanto, imposibilitada, a la vista de la colisión entre ambas normas, para llevar a cabo la reserva de empleo del 2 % a personas con discapacidad.

3 Las cláusulas sociales en los concursos de contratación pública

Otro mecanismo de incentivo de la contratación de las personas con discapacidad se vertebró en el seno de las licitaciones públicas. Su práctica tiene lugar a través de la incorporación de cláusulas sociales en los pliegos de la convocatoria de contratación. Una definición idónea para el concepto de "cláusula social" es la siguiente: "*la inclusión de ciertos criterios en los procesos de contratación pública en virtud de los cuales se incorporan al contrato aspectos de política social como requisito previo (...), como elemento de valoración (...) o como obligación (...)*"¹⁴.

La normativa europea destacada en el ámbito de las cláusulas sociales se integra en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública; y en la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. Estas directivas nacen con la vocación de trasladarse a los correspondientes textos legales nacionales, mediante la necesaria y exigible transposición.

Existen numerosos ejemplos de cláusulas sociales en el ordenamiento español, especialmente local. A nivel estatal, el vigente Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público, apenas hacía mención de ello. Se cita una referencia a ellas en el artículo 118 y en las disposiciones adicionales 4.^a y 5.^a: "*Disposición adicional cuarta. Contratación con empresas que tengan en su plantilla personas con discapacidad o en situación de exclusión social y con entidades sin ánimo de lucro*" y "*Disposición adicional quinta. Contratos reservados*". Este articulado

13 PÉREZ BUENO, L. C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad*. Colección CERMI n. 42, cit., pp. 65-66.

14 *Revista CERMI*, n. 7, marzo-junio 2010. Disponible en <http://revista.cermi.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. (último acceso: 18/10/2017).

trata las cláusulas sociales de forma potestativa y sin crear imperativo alguno; los pliegos autonómicos, provinciales y locales suelen recoger estas cláusulas principalmente: la de tener personas con discapacidad en plantilla, la adopción de medidas alternativas en consonancia con lo dispuesto por la derogada LISMI, y reservar procesos a la participación a centros especiales de empleo o al empleo protegido.

La nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, texto que traspone las directivas europeas de la materia, y entrará en vigor el próximo 9 de marzo de 2018, propone una normativa más vinculada y preocupada por las cláusulas sociales. Su preámbulo (apartado II), refiriéndose a lo dispuesto en el artículo 1 "*Objeto y finalidad*", en su apartado 3 y artículo 149 "*Ofertas anormalmente bajas*", apartado 4, reza que, para la consecución del objetivo de buena relación calidad-precio, es obligatorio que los órganos de contratación velen por que los criterios de adjudicación incluyan aspectos sociales, medioambientales e innovadores, sujetos al objeto del contrato. Añade que se rechazarán ofertas bajas que no cumplan con las obligaciones en materia social.

En el apartado V del citado preámbulo continúa incluyendo las consideraciones de tipo social en los contratos públicos, bien como criterios de adjudicación y/o cualitativos, o bien como condición especial de ejecución. En concreto, sobre estas últimas condiciones, el artículo 202 obliga a que una de ellas sea de carácter medioambiental, social o relativa al empleo.

Se regula con respecto a la materia social: contratos reservados a centros especiales de empleo; la reserva de ejecución a programas de empleo protegido y empresas de inserción; y la exigencia de tener en plantilla trabajadores discapacitados en el porcentaje que les sea de aplicación. Esta última exigencia se refuerza en el artículo 71 "*prohibiciones de contratar*", apartado primero, epígrafe d), expresando la prohibición de contratar con entidades que no cumplan el apartado d) del artículo 60 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público, y lo dispuesto en el artículo 42 del Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Es decir, no cuenten con un 2 % de trabajadores con discapacidad de cada 50 empleados.

4 El concepto de persona con discapacidad. Jurisprudencia sobre prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada

4.1 El concepto de persona con discapacidad en el empleo público

El artículo 59 del EBEP ha establecido una modificación en el concepto de persona con discapacidad. La normativa anterior obligaba a acudir a la LIONDAU. Ahora deberá tomarse el concepto plasmado en el Real decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, que reza lo siguiente:

“Artículo 4. Titulares de los derechos.

1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás.

2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

De este modo, el artículo asimila pensionistas o incapacitados permanentes al término de persona con discapacidad, significándose una ampliación o flexibilización del concepto, que asegura una mayor protección de las personas con discapacidad¹⁵.

En el ámbito de la empresa, la noción de persona con discapacidad ha sido objeto de debate en el marco de diversos procesos judiciales, no siendo asimilable de forma automática pensionista a la condición de discapacidad. Sí se mantiene considerar persona con discapacidad a aquella que acredite poseer un 33 % de discapacidad mediante la resolución del organismo competente [vid. STS (Sala Social) de 21/03/2007 (Rec. cas. n. 3872/2005)].

Regap



ESTUDIOS

4.2 Concepto de discapacidad en la empresa privada. Diferencia discapacidad-enfermedad en el marco de aplicación de la Directiva 2000/78

La definición del concepto de persona con discapacidad aplicable a las contrataciones privadas es compleja, en tanto en cuanto se confunde con las situaciones de enfermedad. El concepto más fiable se encuentra en la jurisprudencia que aplica la Directiva 2000/78 y cuyo fundamento reside en la respuesta del TJCE a las cuestiones prejudiciales que le fueron planteadas.

La STJCE de 11 de julio de 2006 y la STJUE 2013/122 de 11 de abril afirman: a) que el término discapacidad utilizado en la directiva se refiere a las limitaciones que derivan de dolencias (físicas o psíquicas) que afecten la participación de la persona en el ámbito laboral y probablemente durante un largo tiempo; b) que es una condición causada por cualquier enfermedad diagnosticada curable o incurable que conlleve tal limitación que impida la participación plena y efectiva de la persona en su esfera laboral, en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores; c) que el concepto discapacidad no es equiparable al de enfermedad; d) el concepto de discapacidad significa que existe un obstáculo o barrera para la actividad profesional que puede ser salvado con los ajustes necesarios a la discapacidad, no siendo tal actividad imposible¹⁶.

15 PÉREZ BUENO, L.C. (dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, cit., pp. 69-71.

16 STJCE (Gran Sala) de 11 de julio 2006, Caso Sonia Chacón Navas contra Euresst Colectividades, S.A, apartados 42, 43 y 45. STJUE (Sala 2.ª) 2013/122, de 11 de abril, Caso Ring-Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros. Aps. 38, 39, 41, 44, 45 y 47.

4.3 Prácticas discriminatorias en las contrataciones pública o privada

El derecho a la igualdad en el marco del empleo para las personas con discapacidad supone que las empresas deban ajustarse a las necesidades especiales del trabajador por motivo de su discapacidad. Ello convierte que el propio acceso y mantenimiento del empleo sea objeto de discordias entre las partes. Muchas han sido las sentencias que con este motivo se han resuelto acerca de la prohibición de discriminación.

La STJCE (Gran Sala) 2008/176, de 17 de julio, *Caso S. Coleman contra Attridge Law*, expone que la Directiva 2000/78 protege a los trabajadores que, aunque no tengan discapacidad, sean objeto de discriminación directa o acoso de su empleador por razón de discapacidad. El apartado 56 advierte literalmente: *“Cuando un empresario trate a un trabajador que no sea él mismo una persona con discapacidad de manera menos favorable a como trata, ha tratado o podría tratar a otro trabajador en una situación análoga y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima dicho trabajador está motivado por la discapacidad que padece un hijo suyo, a quien el trabajador prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, tal trato resulta contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado artículo 2, apartado 2, letra a)”*.

La STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre, se pronuncia sobre la prohibición de discriminación analizando los ajustes razonables a la discapacidad. Estos deben adecuarse a las necesidades de la situación y permitir el acceso al empleo, así como ser sufragados por el empresario, salvo que supongan una carga excesiva. En el caso de autos, la reducción de la jornada sería un ajuste razonable. La negativa de la empresa al ajuste y el posterior despido constituye la procedencia de la declaración de nulidad del despido por haberse realizado de forma discriminatoria en razón de la discapacidad de la trabajadora. Similar argumentación se desarrolla en la STSJ de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre, por la que de nuevo se declara la nulidad del despido por discriminación. Otras sentencias que es preciso mencionar son: STJUE (Sala 2.ª) 2013/122, de 11 de abril, *Caso Ring*, *Caso HK Danmark* y otros contra *HK Danmark* y otros; STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 1124/2014, de 8 de mayo; y STSJ de Cataluña (Sala 4.ª, Sección 1.ª) n. 8103/2014, de 9 de diciembre¹⁷.

La infracción de prohibición de discriminación también ha sido objeto de enjuiciamiento en el ámbito de la Administración pública. En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 1859/2013, de 10 de septiembre, declara la infracción. En contraposición con esta sentencia, la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.ª) 962/2006, de 5 de junio, considera que, si el desempeño de las tareas inherentes al puesto de trabajo genera en el trabajador un riesgo de agravación de sus dolencias, no ha de desempeñar tal puesto de trabajo y, por lo tanto, no existe una actuación discriminatoria por razón de discapacidad, sino que la contratación estaría siendo respetuosa con la normativa sobre prevención de riesgos laborales.

La STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.ª) n. 709/2007, de 13 de febrero, y STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.ª) n. 2489/2007, de 10 de abril, también resuelven

17 Todas estas sentencias ponen de relieve: 1) la importancia de los ajustes y 2) que el tenor de la Directiva 2000/78 no obliga al empresario a contratar, ascender o mantener en un puesto de trabajo a una persona que no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

la nulidad del despido por discriminatorio e indica cómo se distribuye la carga de la prueba: el trabajador aporta los indicios de que la acción del empresario ha sido discriminatoria y el empresario debe probar la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad de la medida (se recuerdan las SSTC 55/83, de 22 de junio; 34/84, de 9 de marzo; 94/84, de 16 de octubre, y 112/84, de 28 de noviembre).

La STS (Sala 4, Sección 1.ª) de 22 de septiembre de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006, expone la diferencia de consecuencias del despido discriminatorio por discapacidad que es nulo y el despido por enfermedad que solo es improcedente. En este caso, se resuelve que una baja del rendimiento productivo justifica la declaración de improcedencia del despido pero no la asunción de que sea discriminatorio.

La STS (Sala 4, Sección 1.ª) de 21 de octubre de 2010, Rec. cas. n. 806/2010, resuelve razonando acerca de la discriminación indirecta. Su fundamento 4.º define esta conducta como *"discriminación (...) encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo o no resultar idónea para el logro de tal objetivo (por todas, STC 13/2001, de 29 de enero, F. 8, ó 253/2004, de 22 de diciembre, F. 7).*

En referencia a la actuación de los centros especiales de empleo, la jurisprudencia es diversa fallando sobre la procedencia o improcedencia del despido. Se cita: STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 20 de febrero de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011; STS (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 10 de octubre de 2012, Rec. cas. n. 4016/2011; STS (Sala de lo Social) de 15 de junio de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

5 Conclusiones

De todo lo expuesto se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La responsabilidad social empresarial y la gestión pública responsable son pilares en el fomento de la contratación de personas con discapacidad.
- Los principios de mérito, capacidad e igualdad amparan medidas de discriminación positiva a favor de la discapacidad en el seno del empleo público, asegurando unos niveles estables de empleo, imposibles en el sector privado.
- La comparación de las prácticas y de la normativa del sector privado y público lleva a concluir que el segundo está más avanzado y posee un concepto más amplio de discapacidad.
- La vulneración de la prohibición de discriminación sigue siendo una práctica habitual, especialmente de las empresas. Todo ello pese a que se benefician de un concepto de discapacidad más restringido que diferencia discapacidad de la enfermedad, diferenciación que no se circunscribe al ámbito del empleo público.

Regap



ESTUDIOS

6 Bibliografía

- ANDRÉS VALENCIA, L., "Breve historia de las personas con discapacidad: De la opresión a la lucha por derechos", <http://www.rebellion.org/docs/192745.pdf>, 2014. (Último acceso: 19/09/2017).
- PÉREZ BUENO, L.C. (Dir.), *El empleo público y las personas con discapacidad. Colección CERMI n. 42*, Grupo Editorial Cinca, Madrid, 2009.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L. (Dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública: España, Italia y Francia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.
- LIBRO BLANCO. *Empleo Público para personas con discapacidad*.
- MEDINA JURADO, P., "Las cláusulas sociales en la contratación pública, retos y perspectivas", *Revista CERMI*, n. 7, marzo-junio de 2010. Disponible en <http://revista.cemci.org/numero-7/pdf/doc1.pdf>. Consultado el 18 de octubre de 2017.
- PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El nuevo marco de la contratación pública*, Bosch, Barcelona, 2012.
- PERNAS GARCÍA, J. J. (Dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3-2011*, La Ley, Madrid, 2012.
- RÍOS MARÍN, E., *La contratación pública local: avances y retrocesos en su regulación: incidencia de las directivas "de cuarta generación"*, Atelier, Barcelona, 2016.
- ROSÓN OLMEDO, T., "Política y medidas pro acceso de las personas con discapacidad al empleo público, regulación general de las mismas y su inclusión en las convocatorias de pruebas selectivas de la Administración General del Estado", AA.VV., *Acceso de las personas con discapacidad al empleo público 1985-1999*, Ed. Real Patronato sobre Discapacidad, Madrid, 2002.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico*, Tirant Lo Blanch, Sevilla, 2009.
- TORRES LÓPEZ, A., *La discapacidad en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2012.
- TRULL AHUIR, J. M.^a, "Régimen jurídico del fomento del empleo e integración laboral de las personas con discapacidad en el ámbito de los empleados públicos y de la contratación de las Administraciones Públicas", *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en Administración local y justicia municipal*, n. 3, 2017.
- VILLALBA PÉREZ, F.L., "La dimensión social de la contratación pública: el sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público", *Administración de Andalucía: Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 74, 2009.

7 Apéndice jurisprudencial

STJCE (Gran Sala), 2008/176, de 17 de julio de 2008, Caso S. Coleman contra Attridge Law.

STJUE (Sala 2.^a), 2013/122, de 11 de abril de 2013, Caso Ring-Caso HK Danmark y otros contra HK Danmark y otros.

STS (Sala de lo Social), de 15 de junio de 2005, Rec. cas. n. 2495/2004.

STS (Sala Social), de 21 de marzo de 2007, Rec. cas. n. 3872/2005.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), de 22 de septiembre de 2008, Rec. cas. n. 3591/2006.

STS (Sala 4, Sección 1.^a), de 21 de octubre de 2010, Rec. cas. n. 806/2010.

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 10 de octubre 2012, Rec. cas. n. 4016/2011.

STS (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 20 de febrero de 2013, Rec. cas. n. 3081/2011.

STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 962/2006 de 5 de junio.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a), 709/2007 de 13 de febrero.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1.^a), 2489/2007 de 10 de abril.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4, Sección 1.^a), 1859/2013 de 10 de septiembre.

STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala 4.^a, Sección 1.^a), 1124/2014 de 8 de mayo.

STSJ de Cataluña (Sala 4.^a, Sección 1.^a), 8103/2014 de 9 de diciembre.

Regap



ESTUDIOS

Medidas de fomento da
transparencia na adxudicación
de contratos do sector público

Medidas de fomento de la transparencia en la adjudicación de contratos del sector público

Measures to promote transparency
in the award of public contracts

54
Regap

MARÍA HERNANDO RYDINGS

Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos
maria.hernando@urjc.es

Recibido: 30/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Este traballo analiza as medidas que introduciu o lexislador na recente Lei 9/2017, de contratos do sector público, para fomentar unha maior transparencia nos procedementos de adxudicación dos contratos. Concretamente, analízase o novo procedemento aberto simplificado, a configuración da negociación como fase fundamental que ha de ter lugar necesariamente nos procedementos con negociación e a supresión do procedemento negociado sen publicidade por razón da contía.

Palabras clave: Contratación pública, transparencia, procedementos de adxudicación, aberto simplificado, procedementos con negociación.

Resumen: Este trabajo analiza las medidas que ha introducido el legislador en la reciente Ley 9/2017, de contratos del sector público, para fomentar una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de los contratos. Concretamente, se analiza el nuevo procedimiento abierto simplificado, la configuración de la negociación como fase fundamental que ha de tener lugar necesariamente en los procedimientos con negociación y la supresión del procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

Palabras clave: Contratación pública, transparencia, procedimientos de adjudicación, abierto simplificado, procedimientos con negociación.

Abstract: This paper analyzes the measures that the legislator has introduced in the recent Law 9/2017, on public sector contracts, to encourage greater transparency in the procedures for awarding contracts. Specifically, the new simplified open procedure is analyzed, the configuration of the negotiation as a fundamental phase that must necessarily take place in the proceedings with negotiation and the suppression of the negotiated procedure without prior publication due to the amount.

Keywords: Public procurement, transparency, award procedures, open procedure, procedures with negotiation.

Sumario: 1 Planteamiento y aclaraciones previas. 2 Primera medida: la introducción del procedimiento abierto simplificado. 2.1 El procedimiento abierto simplificado. 2.1.1 Ámbito de aplicación. 2.1.2 Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones. 2.1.3 Especialidades de la tramitación respecto de las vistas para el procedimiento abierto.

2.2 El procedimiento abierto supersimplificado. 2.2.1 Ámbito de aplicación. 2.2.2 Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto simplificado. 3 Segunda medida: en los procedimientos con negociación hay que negociar. 3.1 Precisiones previas respecto de los procedimientos con negociación. 3.2 La negociación como fase procedimental imprescindible. 4 Tercera medida: supresión del negociado sin publicidad por razón de la cuantía. 5 Bibliografía.

1 Planteamiento y aclaraciones previas¹

Uno de los objetivos que inspiran la regulación contenida en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público² (en adelante LCSP), consiste en lograr una mayor transparencia e integridad en la contratación pública³. Así, la ley incluye diversas medidas que buscan dar cumplimiento al citado objetivo, entre las que cabe citar, a modo de ejemplo, las previsiones relativas a la lucha contra la corrupción y los conflictos de intereses, mediante la imposición al órgano de contratación de la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo o la corrupción; la nueva regulación de las prohibiciones para contratar; la nueva regulación, más exhaustiva, del perfil del contratante, el cual viene a desempeñar un papel protagonista como instrumento de publicidad de los distintos actos y fases de la tramitación de los contratos; o las medidas que se han incluido respecto de los procedimientos de adjudicación de contratos⁴.

En lo que se refiere a estas últimas, son fundamentalmente tres las medidas que se han introducido para fomentar una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos, y que son las que van a centrar nuestro estudio. Así, en primer lugar, se incluye un nuevo procedimiento de adjudicación, o, mejor, una nueva vertiente al procedimiento abierto, que es el denominado «abierto simplificado», concebido para que su duración sea breve y la tramitación muy sencilla, pero sin que resulte descuidada la necesaria publicidad

- 1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional *Las entidades locales, sus relaciones y competencias. Realidad, efectos y consecuencias de la racionalización y sostenibilidad financiera en Madrid* (DER2016-74843-C3-2-R), del que soy investigadora principal, y del proyecto *Potestades administrativas y unidad de mercado: el control de las actividades económicas reguladas* (DER 2014-54264-R), integrados en el Grupo de Excelencia de la Universidad Rey Juan Carlos, “Derecho y política económica” (GEDYPE), y en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, “Las transformaciones del Estado y la autonomía local: organización institucional, servicios públicos y democracia participativa”, en los que colaboro como miembro.
- 2 La citada LCSP, aunque aprobada por el Congreso el 19 de octubre, no ha sido publicada en el BOE hasta el pasado 9 de noviembre. En este sentido, finalmente, el BOE n. 272, de 9 de noviembre, publica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. De conformidad con las previsiones recogidas en la D.F. 16.ª, la ley, con carácter general, entrará en vigor a los cuatro meses de su publicación, es decir, el 9 de marzo de 2018, a excepción de determinadas previsiones que, o bien se demoran aún más, o entran en vigor al día siguiente de su publicación.
- 3 Concretamente, tal como señala la exposición de motivos, en su apartado II, *in fine*, un «sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos, tanto a través de la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación como mediante una mejora de las condiciones de acceso y participación en las licitaciones públicas de los operadores económicos». No obstante, además de la anterior, la referencia a la búsqueda de la transparencia e integridad es muy recurrente a lo largo de la citada exposición de motivos, lo que determina que esta se configure realmente como uno de los pilares de la nueva LCSP.
- 4 Se han ocupado de analizar cómo pueden fomentarse una mayor transparencia e integridad en la contratación pública, entre otros, GIMENO FELLIU, J. M., “Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017, quien ha analizado la importancia de los principios de integridad y transparencia en la contratación pública, exponiendo, a su vez, un decálogo de propuestas de mejora que deberían incluirse en la legislación de contratación pública. También del mismo autor, “La Ley de contratos del sector público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010; MALARET, E., “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo* n. 15, 2016; CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; o MEDINA ARZAIZ, T., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, Fernández Acevedo, R., y Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

y transparencia que debe darse en el procedimiento de licitación del contrato. En segundo lugar, también se ha optado por subrayar la importancia que tiene la negociación en los «procedimientos con negociación», categoría en la que el legislador incluye dos procedimientos: el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad. Tal es su importancia, que esta debe darse aun cuando solo esté presente un licitador, y su falta determinará la nulidad de todo el procedimiento⁵.

Por último, se suprime el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, el cual, a pesar de resultar ágil, adolecía de un déficit de transparencia, por cuanto carecía de publicidad. Planteado el objeto de nuestro estudio, conviene asimismo realizar, con carácter previo al análisis de las tres medidas apuntadas, unas breves aclaraciones previas relacionadas con la configuración general de los procedimientos de adjudicación en la LCSP, con el fin de sentar unas bases mínimas que resultarán útiles en un momento posterior.

Así, por un lado, los procedimientos de adjudicación de los contratos de las administraciones públicas se regulan en el libro II «De los contratos de las administraciones públicas», título I, capítulo I, sección 2.ª (arts. 156-182), de la LCSP. No obstante, en esta sección se incluyen además, por un lado, una serie de normas generales aplicables a la adjudicación (arts. 131-155) y, por otro, también las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos (183-187), que serán citados en el ámbito del procedimiento negociado sin publicidad.

Debemos tener en cuenta también, en segundo lugar, que los procedimientos que vamos a analizar se encuentran recogidos en el libro dedicado a los *contratos de las administraciones públicas*, lo que determina que estos serán los aplicables a las adjudicaciones que lleven a cabo las entidades que son Administración pública, respecto de los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios que liciten.

Pero también resultarán de aplicación a los contratos que liciten los poderes adjudicadores que no sean Administración pública en dos supuestos: por un lado, en el caso de que el contrato esté sometido a regulación armonizada (art. 317 LCSP), y, por otro, en el caso de que, aun no estando sometido a regulación armonizada, el contrato sea adjudicado por un poder adjudicador no Administración pública y supere las cuantías previstas en el artículo 318 b) LCSP. En ambos casos, la regulación se remite a la propia de los contratos licitados por las administraciones públicas. No obstante, la remisión no es idéntica, y ello produce consecuencias distintas. Vayamos por partes.

En el primer caso, ex artículo 317, la adjudicación de los contratos que realicen los poderes adjudicadores no AP, en el caso de que esté sometida a regulación armonizada, se regirá por «*las normas establecidas en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo I, del título I del libro II de la LCSP*», es decir, podrán utilizarse los citados procedimientos de adjudicación en los mismos casos en que puede hacerlo una Administración pública.

En cambio, la adjudicación de contratos no sometidos a regulación armonizada (en adelante SARA) que realicen los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administración pública, siempre y cuando superen las cuantías previstas en el artículo 318 b), podrán

5 También es cierto que, además de perseguirse una mayor transparencia en los procedimientos de adjudicación de contratos, se busca también modernizar y simplificar los citados procedimientos, en sintonía, además, con las previsiones de las Directivas de 2014, también conocidas como de cuarta generación. *Vid.*, GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.

realizarse «por cualquiera de los procedimientos previstos en la sección 2.ª del capítulo I, del título I del libro II de la LCSP, con excepción del procedimiento negociado sin publicidad, que únicamente se podrá utilizar en los casos previstos en el artículo 168». ¿Quiere esto último decir que los procedimientos de adjudicación se pueden utilizar *indistintamente* en el caso de que se cumpla lo previsto en el citado artículo 318 b), con excepción del negociado sin publicidad, que solo podrá utilizarse en los supuestos previstos en el artículo 168? O, dicho de otro modo, un poder adjudicador que no tenga la condición de Administración pública ¿puede decidir aplicar, si se cumple lo señalado en el artículo 318 b), cualquiera de los procedimientos de adjudicación regulados en la ley (por ejemplo, el abierto simplificado, o el procedimiento de licitación con negociación, o el diálogo competitivo), sin tener que tomar en consideración los supuestos legales que permiten aplicar unos y otros? ¿Solo hay que tomar en consideración las características del contrato correspondiente al determinar el procedimiento de adjudicación que se va a aplicar en estos supuestos en el caso de que se quiera seguir un negociado sin publicidad? Parece que, tal como está redactada la ley, esta es la interpretación que sugiere.

Quizás ello resulte coherente con la idea de que, en la medida en que la intensidad en la aplicación de la ley va disminuyendo en función de la condición del sujeto, del tipo de contrato y del valor de este que se licite, se flexibiliza también el diseño de los procedimientos de adjudicación que deban aplicar los sujetos correspondientes. No obstante, ello conlleva el riesgo de generar en los licitadores una cierta inseguridad jurídica respecto del procedimiento de adjudicación que, en cada supuesto, será utilizado por los poderes adjudicadores.

Lo anterior quizás pueda guardar relación, si se quiere, con las previsiones que establece la ley respecto de los procedimientos de adjudicación en el caso de que el sujeto sea un ente del sector público no poder adjudicador (art. 321). Y es que, en este caso, la LCSP deja margen a estos entes para diseñar, en sus respectivas instrucciones internas, las normas que rijan la adjudicación de contratos, siempre y cuando estas respeten como mínimo los requisitos previstos en el artículo 321.2.b). Nada se dice, en cambio, respecto de cómo y en qué supuestos deberán aplicarse los procedimientos de adjudicación, por lo que entendemos que ello queda a disposición de los citados entes en el momento en que diseñen las instrucciones correspondientes, las cuales, como decimos, solo han de cumplir con los requisitos mínimos previstos en el artículo 321.2 LCSP. En este sentido, y como uno de los requisitos consiste en la necesaria publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante, entendemos que ello excluye la posibilidad de que se utilice el negociado sin publicidad por parte de entes del sector público que no sean poderes adjudicadores.

En tercer lugar, conviene subrayar que la LCSP se ocupa de transponer no solo la Directiva 2014/24/UE, de contratación en los sectores clásicos, sino también la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión. Y, en lo que respecta a la regulación de los procedimientos de adjudicación, las directivas toman caminos muy distintos.

Así, la Directiva 2014/24/UE opta por regular seis procedimientos de adjudicación: abierto, restringido, licitación con negociación –antiguo negociado con publicidad–, diálogo competitivo, asociación para la innovación y negociado sin publicidad. No obstante, solo el procedimiento abierto y el restringido tienen carácter ordinario, desde el momento en que su utilización no requiere ningún tipo de justificación previa. En cambio, para poder hacer uso de los demás procedimientos, hay que cumplir los requisitos que a tal efecto prevé la

directiva en los artículos siguientes: procedimiento de licitación con negociación (art. 29); diálogo competitivo (art. 30); asociación para la innovación (art. 31) y procedimiento negociado sin publicidad previa (art. 32). Además, todos ellos, salvo el negociado sin publicidad, son de transposición obligatoria.

En cambio, la Directiva 2014/23/UE, de concesiones, adopta un enfoque completamente distinto, por cuanto no hace mención a ningún procedimiento de adjudicación específico y opta por establecer una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para adjudicar concesiones, basada en los principios del TFUE, con la finalidad de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y garantizar también una seguridad jurídica adecuada⁶. De esta forma, las disposiciones de coordinación que incluye no van más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos citados y para garantizar un cierto grado de flexibilidad, debiendo ser los Estados miembros los que completen y desarrollen las citadas disposiciones⁷.

Por su parte, la LCSP –que, como hemos advertido, transpone no solo la Directiva 2014/24, sino también la 2014/23–, en lo relativo a la adjudicación de las concesiones de obras y servicios, se aparta del criterio comunitario y somete la adjudicación de estos contratos de concesión a las mismas exigencias que rigen para la adjudicación de los contratos de obras, servicios y suministros, es decir, el marco jurídico aplicable a los procedimientos de adjudicación es común para los contratos de obras, servicios y suministros, así como para las concesiones de obras y servicios.

Y, al respecto, la LCSP ha optado por transponer los seis procedimientos de adjudicación regulados en la Directiva 2014/24/UE, adoptando además el mismo criterio que esta. En este sentido, las reglas generales (y especiales) conforme a las cuales se ordena la adjudicación de los contratos de las administraciones aparecen recogidas en el artículo 131, el cual prevé con carácter general que la adjudicación se realizará ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el restringido (art. 131.2 LCSP). En cambio, para aplicar cualquiera de los procedimientos especiales, tal como exige el artículo 131.2. 2.º párrafo, es preciso que concurran los supuestos específicos previstos a tal efecto en los siguientes artículos: los previstos en el artículo 167, para el procedimiento de licitación con negociación y el diálogo competitivo; los del artículo 168, para el negociado sin publicidad; el indicado en el artículo 172, para el diálogo competitivo, y los supuestos previstos en el artículo 177, para la asociación para la innovación.

Pero, además, el citado artículo 131 también prevé una serie de especialidades a las que no les resultará de aplicación lo que acabamos de señalar. Concretamente, se prevé la adjudicación directa de los contratos menores (art. 131.3); las reglas que resultan de aplicación a los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con

6 HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas Directivas de Contratación Pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 213 y ss., recuerda que esta solución es coherente con el objetivo perseguido, consistente en establecer una regulación de mínimos que garantice una aplicación uniforme en todos los Estados miembros de los principios de igualdad de trato, no discriminación por razón de la nacionalidad y transparencia. Al respecto y de conformidad con el citado objetivo, el detalle y minuciosidad con que se describe el ámbito de aplicación de la citada directiva da paso a unas reglas básicas sobre la adjudicación del contrato y se proclama el principio de libertad de organización del procedimiento de elección del concesionario, sujeto al cumplimiento de los principios y garantías establecidas en la propia directiva.

7 A tal efecto, la Directiva de concesiones incorpora, en los artículos 30 a 33, una serie de principios generales que han de observarse en la adjudicación de las concesiones, así como en los artículos 36 a 41 las garantías procedimentales que han de observarse.

un valor inferior a 30.000 € (art. 131.4) y, por último, el sometimiento de los concursos de proyectos a unas reglas especiales de adjudicación (art. 131.5).

Aclarado lo anterior, nos centraremos a continuación en el análisis de las tres medidas apuntadas, a saber: la introducción del procedimiento abierto simplificado, la eliminación del negociado sin publicidad por razón de la cuantía y la necesidad de negociar en los procedimientos con negociación.

2 Primera medida: la introducción del procedimiento abierto simplificado

El procedimiento abierto aparece configurado como un procedimiento ordinario de adjudicación de contratos, y se regula en los artículos 156-159 LCSP. En este sentido, la citada Directiva 2014/24/UE no introdujo grandes modificaciones en la regulación del procedimiento abierto, más allá de llevar a cabo una cierta reordenación sistemática que hacía más clara la normativa y de reducir los plazos de tramitación del procedimiento (art. 27 Directiva 2014/24/UE). Estas previsiones se recogen también, con carácter general, en los citados artículos y, en este sentido, la principal novedad, de tipo formal, que incorpora la ley consiste en reducir sensiblemente los plazos de presentación de las proposiciones en el caso de contratos SARA (art. 156 LCSP), debiendo tener en cuenta además que los plazos establecidos por días se entienden referidos a días naturales, por cuanto los artículos citados no especifican que deban ser hábiles (D.A. 12.ª LCSP)⁸. También se regula con mayor detalle el examen de las proposiciones y propuesta de adjudicación (art. 157 LCSP)⁹.

8 Así, por un lado y respecto de los plazos previstos en el artículo 156, estos pueden esquematizarse de la siguiente manera. En primer lugar y para el caso de los contratos de obras, servicios o suministros, se prevén dos posibilidades, en función de si el contrato está sometido a regulación armonizada o no. Si el contrato es SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta y cinco días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2). El citado plazo de treinta y cinco días puede reducirse en los siguientes tres supuestos: si el órgano de contratación ha enviado un anuncio de información previa, el plazo se puede reducir a quince días (art. 156.3 a). No obstante, se requiere que haya mediado un mínimo de treinta y cinco días y un máximo de 12 meses desde el envío del anuncio de información previa y el anuncio de licitación y que el anuncio de información previa incorpore toda la información que se exige para aquel; en situaciones de urgencia (previstas en el art. 119), se puede reducir el plazo general, siempre y cuando no sea inferior a quince días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación (art. 156.3. b); o, si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos, se puede reducir el plazo general en cinco días (art. 156.3. c). En segundo lugar, si el contrato no es SARA (y no es un contrato de obras), el plazo de presentación de proposiciones no será inferior a quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante (art. 156.6). Por otro lado, y respecto de las concesiones de obras y de servicios, si son SARA, el plazo para la presentación de proposiciones no será inferior a treinta días, contados desde la fecha del envío del anuncio de licitación a la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (art. 156.2). El citado plazo solo se puede reducir en cinco días si se acepta la presentación de ofertas por medios electrónicos (art. 156.4); si no son SARA, el plazo para la presentación de proposiciones será, como mínimo, de veintiséis días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio de licitación del contrato en el perfil del contratante (art. 156.6). Este mismo plazo de veintiséis días se aplica para los contratos de obras no SARA. Por otro lado, se reduce también el plazo para la apertura de las proposiciones, el cual se fija en un máximo de veinte días (el TRLCSP lo fijaba en un mes en el art. 160.1), contados desde la fecha de finalización del plazo previsto para presentar las proposiciones (art. 157.3 LCSP). La adjudicación, regulada en el artículo 158, no ha sufrido variaciones, previéndose que tendrá lugar en el plazo máximo de quince días, contados desde la apertura de las proposiciones si el único criterio de selección a valorar es el precio, o de dos meses para el caso de que se deba tener en cuenta una pluralidad de criterios.

9 En este sentido, se hace referencia expresa a la mesa de contratación como el órgano competente para calificar la documentación presentada por los licitadores y formular la propuesta de adjudicación al órgano de contratación. Asimismo, se especifica no solo que la citada documentación ha de presentarse en dos sobres o archivos electrónicos distintos (uno con la acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos, ex artículo 140, y otro con la proposición), sino que, además, se especifica que, en el caso de que se utilice una pluralidad de criterios de adjudicación, los licitadores, deberán, a su vez, presentar la propuesta en dos sobres o archivos electrónicos separados, uno con la documentación que deba ser valorada conforme a criterios que conlleven la aplicación de un juicio de valor y otro con la que deba ser valorada únicamente mediante la aplicación de fórmulas.

No obstante, la LCSP, en aras de potenciar la transparencia y la integridad en la contratación pública, ha optado por incluir novedades relevantes en la regulación del procedimiento abierto, al incorporar, además del procedimiento abierto «ordinario», una vertiente «simplificada» y una «supersimplificada». Estas resultan de aplicación hasta un umbral económico determinado, y permiten agilizar notablemente la adjudicación del contrato correspondiente posibilitando que lo esté, en el caso del abierto simplificado, en el plazo de un mes (teóricamente) desde la convocatoria de licitación o, en el caso del supersimplificado, incluso en un plazo menor. Veamos con más detalle cada una de las modalidades del procedimiento abierto.

2.1 El procedimiento abierto simplificado

La principal novedad que se incorpora en el ámbito del procedimiento abierto, como señalábamos antes, consiste en incluir dos nuevas vertientes del procedimiento abierto, la «simplificada» y la «supersimplificada», además de la ordinaria. No obstante, la exposición de motivos únicamente hace referencia a la primera, pero, como veremos, la simplificada admite una vuelta de tuerca adicional para convertirla en aún más simplificada.

En este sentido, el procedimiento abierto simplificado, como apunta la citada EM, «resultará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación»¹⁰. En este sentido, se ha llegado incluso a afirmar que este procedimiento se convertirá en la «autopista de la contratación pública»¹¹.

Para lograr la reducción de los plazos, sin perjuicio de que difícilmente se conseguirá dar cumplimiento al citado plazo de un mes, por las razones que más adelante se detallarán, se simplifican los trámites al máximo, de tal forma que en términos generales, destacaremos ahora, entre otras medidas, que la documentación habrá de presentarse en un único sobre; no se exige constitución de garantía provisional; resulta obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores, y la fiscalización del compromiso de gasto se realiza en un solo momento, antes de la adjudicación.

El objetivo que pretende alcanzar el legislador con esta nueva vertiente simplificada consiste en reconducir los contratos que con anterioridad se adjudicaban mediante el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía al procedimiento abierto simplificado, el cual pretende ser ágil, como lo era el negociado sin publicidad, pero que además proporciona la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato¹².

Esta nueva vertiente, que, como decimos, no trae causa de las directivas comunitarias, no es en cambio absolutamente desconocida, por cuanto sí había sido regulada con anterioridad a

10 Apartado IV.

11 BLANCO LÓPEZ, F., "Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado", publicado en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, con fecha de 4 de enero de 2016, en relación con la redacción que preveía el artículo 157 del Anteproyecto de Ley de contratos del sector público. No obstante, el citado autor también apunta a que, para lograr agilizar al máximo la adjudicación de los contratos que se realice a través de esta vía, resulta imprescindible que el diseño del procedimiento sea sencillo, de trámites concentrados y breves.

12 Apartado V de la E.M., y es que, tal como se señala en la citada exposición de motivos, el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía, muy utilizado en la práctica, adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, lo que podría generar desigualdades entre los licitadores.

la LCSP, tanto en la Ley foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos de Navarra (LFCPN), como en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón (LCSPA), y al parecer se han aplicado con bastante éxito¹³.

La LCSP lo regula en el artículo 159, extensísimo y ciertamente engorroso, que trataremos de simplificar de la mejor manera posible, haciendo referencia a su ámbito de aplicación, a la publicidad y a los plazos de presentación de proposiciones y a la tramitación del procedimiento.

2.1.1 Ámbito de aplicación

El procedimiento abierto simplificado solo puede ser utilizado si se cumplen las condiciones previstas en el artículo 159, las cuales tienen que ver con el objeto del contrato, la cuantía y la forma en que han de valorarse los criterios de adjudicación. No obstante, y aunque se cumplan las citadas condiciones, su utilización no es imperativa, de tal modo que en último término dependerá del criterio del órgano de contratación¹⁴.

En cualquier caso, como decimos, para utilizar la vertiente abierta simplificada es preciso, en primer lugar, que se trate de un contrato de obras, servicios y suministros, no estando permitido su uso para las concesiones. Además, es necesario que se cumpla una condición cuantitativa y otra en relación con la valoración de los criterios de adjudicación. Así, por un lado, si se trata de un contrato de obras, el valor debe ser igual o inferior a 2.000.000 de euros y, si es un contrato de servicios o suministro, el valor debe ser igual o inferior a 100.000 € (art. 159.1 a) LCSP). Pero, además, entre los criterios de adjudicación previstos en el pliego, o bien no hay criterios evaluables mediante juicio de valor, o, si los hay, su ponderación no supera el 25 % del total. Esta regla tiene una excepción, ya que, si el contrato tiene por objeto prestaciones de carácter intelectual (servicios de ingeniería y arquitectura), su ponderación no puede superar el 45 % del total (art. 159.1 b) LCSP).

De esta forma, parece que el abierto simplificado podría convertirse en un procedimiento muy utilizado en general, y particularmente en el ámbito local, desde el momento en que las cuantías máximas que permiten su aplicación son muy elevadas.

13 La LFCPN prevé, tanto respecto del procedimiento abierto como del restringido, una variante simplificada para los casos en que el contrato no supere el umbral comunitario, en los artículos 65 y 68, respectivamente. No obstante, mayores similitudes tiene la vertiente regulada en la actual LCSP con la que se prevé en la LCSPA. En este sentido, el artículo 10 contiene determinadas previsiones que coinciden con las del artículo 159 LCSP. Así, por ejemplo, en los contratos de obras, el límite superior previsto para utilizar la vertiente simplificada coincide (2.000.000 €), y tampoco se exige garantía provisional para participar en el procedimiento. A su vez, y de conformidad con los datos obtenidos del Registro de Contratos del Sector Público del año 2015 (cuyos datos son del 27 de diciembre de 2016), en relación con los contratos licitados en las comunidades autónomas, llama la atención que de un total de 69.506 contratos se hayan adjudicado por procedimiento abierto 14.245, 18 mediante el procedimiento restringido y, por el procedimiento negociado, diálogo competitivo y mediante adjudicación directa, un total de 55.243 contratos. La misma tendencia se observa en las entidades locales: de un total de 32.678, han seguido el abierto 11.870, 101 el restringido y 20.707 el negociado, diálogo competitivo y adjudicación directa. En cambio, si nos fijamos en los contratos adjudicados en cada Comunidad Autónoma, resulta llamativo que tanto en Aragón como en Navarra esta tendencia varíe, por cuanto se aprecia una mayor utilización del abierto respecto de otro tipo de procedimientos. Así, en Aragón, las cifras prácticamente coinciden, ya que de un total de 1.745 contratos, 884 han seguido el abierto, 3 el restringido y 858 otros procedimientos. A su vez, en Navarra, de un total de 460 contratos, 373 han sido adjudicados mediante el procedimiento abierto y 87 a través de otros procedimientos.

14 Al respecto, el artículo 159 dispone que: «los órganos de contratación *podrán* acordar la utilización de un procedimiento abierto simplificado».

2.1.2 Publicidad y plazo de presentación de las proposiciones

La apertura del procedimiento de adjudicación se llevará a cabo mediante la publicación del anuncio de licitación, el cual, en este caso, solo ha de publicarse en el perfil del contratante del órgano de contratación (art. 159.2). Además, toda la documentación necesaria para la presentación de la oferta debe estar disponible por medios electrónicos desde la citada publicación del anuncio en el perfil del contratante. Esta previsión acaba con la publicidad de los anuncios en los correspondientes boletines, lo que determina no solo el correspondiente ahorro económico, sino también el del plazo que media desde el envío del anuncio a su efectiva publicación.

Respecto del plazo para presentar proposiciones, hay que diferenciar en función del contrato que se licite. Si es un contrato de servicios o suministros, el plazo mínimo es de quince días, contados desde el día siguiente al de la publicación del anuncio en el perfil del contratante. Si el contrato es de obras, el plazo no podrá ser inferior a veinte días (art. 159.3). Al respecto, hay que tener en cuenta que, a tenor de lo previsto en la D.A. 12.^a, los plazos establecidos en la ley se entienden referidos a días naturales, salvo que en ella se indique expresamente que solo deben computarse los días hábiles.

2.1.3 Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto

La tramitación procedimental del procedimiento abierto simplificado sigue con carácter general la propia del procedimiento abierto, pero con las especialidades a las que aludiremos a continuación. Asimismo, hay que tener en cuenta que, en todo lo no previsto específicamente en el artículo 159, se observarán las normas generales aplicables al procedimiento abierto.

En primer lugar, los licitadores que se presenten a una licitación a través de este procedimiento tienen que estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas en la fecha final de presentación de ofertas. No obstante, la D.T. 3.^a prevé que la inscripción resultará exigible a partir de los seis meses de entrada en vigor de la LCSP. Hasta ese momento, la acreditación de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones para contratar se realizará de la forma establecida con carácter general. La citada inscripción permitirá, por tanto, simplificar el trámite de acreditación del cumplimiento de los requisitos previos, ya que esta permite acreditar las condiciones de aptitud del empresario en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, habilitación profesional o empresarial, solvencia económica y financiera y técnica o profesional, así como la concurrencia o no de las prohibiciones de contratar (arts. 96.1 y 2 LCSP).

En segundo lugar, se prevé como especialidad del abierto simplificado la no exigencia de la garantía provisional por parte de los licitadores. No obstante, esta previsión no es específica del abierto simplificado, como dispone el artículo 159.4 b) LCSP, sino que resulta de aplicación, como regla general, respecto de cualquier procedimiento de adjudicación, tal como dispone el artículo 106 LCSP¹⁵.

15 De esta forma, la regla general es la no exigencia de garantía provisional, salvo cuando el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo justifique motivadamente en el expediente (art. 106 LCSP).

La presentación de proposiciones debe cumplir, a su vez, con las siguientes reglas. Por un lado, solo se pueden presentar en el registro indicado en el anuncio de licitación¹⁶. Pero, además, la presentación de la oferta exige presentar una declaración responsable respecto al cumplimiento de los requisitos previos previstos en el artículo 159.4 c). En este sentido, el modelo de oferta que figure como anexo al pliego debe recoger la citada declaración responsable. Por otro lado, si la empresa es extranjera, la declaración responsable debe incluir el sometimiento al fuero español y, si fuera una unión temporal de empresas, el compromiso de constitución de esta. No obstante, y una vez concretado el contenido de la LCSP respecto de la declaración responsable, debemos señalar que la exigencia de su presentación no resulta muy acertada, por cuanto, como hemos señalado antes, los licitadores que quieran concurrir a un procedimiento abierto simplificado tienen la obligación de estar inscritos en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas, inscripción que ya permite acreditar las condiciones a que se hace referencia en la declaración responsable, lo que determina que la exigencia de esta no sea de utilidad.

Por otro lado, y respecto de los sobres que se deben presentar, se diferencian dos supuestos, ya que, por un lado, se exige un único sobre si no se incluyen criterios de adjudicación que dependan de un juicio de valor. En cambio, se tendrán que presentar dos sobres si los criterios de adjudicación dependen de un juicio de valor.

La citada referencia a que las ofertas se presenten en *sobres* no ha pasado desapercibida y ha sido criticada por algunos, dado que esta previsión no es coherente con la establecida en la D.A. 15.ª, apartado 3, la cual prevé que «la presentación de ofertas y las solicitudes de participación se llevará a cabo utilizando medios electrónicos». De esta forma, hubiera sido preferible que, al igual que en el caso del abierto ordinario, se hubiera hecho referencia no solo a la posibilidad de presentar la oferta mediante sobres, sino también mediante archivos electrónicos. Si solo se puede presentar la oferta a través de sobres, parece que se podría poner en peligro el cumplimiento del plazo de un mes en el que se prevé que se tramite el procedimiento¹⁷.

Respecto de la apertura de las proposiciones, no se prevé ningún plazo específico para proceder a esta, por lo que cabría entender que habría que aplicar el plazo general del procedimiento abierto, el cual lo fija en veinte días, contados desde la fecha de finalización del plazo para presentar las mismas (art. 157.3 LCSP)¹⁸. En cualquier caso, la citada apertura de sobres la realizará la mesa de contratación, de conformidad con las siguientes previsiones. Si únicamente se ha presentado un único sobre, el acto de apertura de este es público y lo realiza, como decimos, la mesa de contratación. En cambio, si se han presentado dos sobres porque la oferta incluye criterios de adjudicación que han de valorarse mediante juicios de valor, este sobre se abre en primer lugar. La valoración la realizan los servicios técnicos del órgano de contratación en un plazo no superior a siete días (art. 159.4 e) LCSP). En este

16 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 151, septiembre-octubre 2017, apunta a que, con la citada previsión, parece eliminarse la posibilidad de que no puedan utilizarse como lugar de presentación de proposiciones las oficinas de correos y, por tanto, no resultaría tampoco de aplicación la espera de diez días para que pueda llegar la oferta, tal como se exige en el artículo 80.4 del RD 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de contratos de las administraciones públicas. Esta posibilidad sería coherente con el objetivo de simplificación y reducción de plazos a que aspira el abierto simplificado.

17 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", cit., p. 4.

18 Como consecuencia de ello, ya se habría excedido el plazo de un mes, que era el que se fijaba para adjudicar el contrato en el caso de que se siguiera el abierto simplificado.

sentido, llama la atención la previsión de que la valoración sea realizada por los citados servicios y no por la mesa de contratación, lo que choca con la configuración de la mesa como órgano encargado tradicionalmente de valorar las ofertas. A continuación se procederá a la apertura del sobre, con la oferta evaluable mediante la mera aplicación de fórmulas, en acto público por la mesa de contratación, la cual además tendrá que dar lectura al resultado de la valoración del primer sobre¹⁹.

Por otro lado, y respecto a la composición de la mesa, el artículo 326.6 LCSP prevé una composición especial, más reducida, para la que vaya a tramitar un procedimiento abierto simplificado. En este caso, deberá estar integrada por el presidente, el secretario, un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un funcionario que tenga atribuidas las funciones de control económico-financiero²⁰.

La mesa de contratación, tras el citado acto público de apertura del sobre con la oferta, excluye, en su caso, las que no cumplan los requisitos del pliego, y evalúa y clasifica las válidas, para realizar a continuación la propuesta de adjudicación al candidato que hubiese obtenido una mejor puntuación.

En este momento, la mesa deberá cumplir con dos deberes: comprobar en el Registro de Licitadores que no hay ninguna irregularidad en la inscripción que afecte al cumplimiento de los requisitos previos por parte del adjudicatario provisional y requerir a este, mediante comunicación electrónica, para que en el plazo de 7 días hábiles proceda a constituir la garantía definitiva y la documentación que acredite que dispone de los medios que se ha comprometido a dedicar a la ejecución del contrato (art. 159.4. f) 4.º).

Presentada la garantía definitiva, y, en su caso, previa fiscalización del compromiso de gasto por la Intervención cuando la exija la Ley 47/2003, general presupuestaria, en un máximo de cinco días, se procederá a adjudicar el contrato a favor del licitador propuesto y a continuación se formalizará el contrato. En el caso de que no se presente la garantía definitiva en el plazo previsto, se formulará propuesta de adjudicación a favor del siguiente candidato en puntuación.

Por otro lado, la LCSP prevé también, al final del artículo 159.4.f) 4.º, que «en el caso de que se presuma que la oferta del licitador que haya obtenido la mejor puntuación es anormalmente baja, la mesa, realizadas las actuaciones recogidas en los puntos 1.º y 2.º anteriores, seguirá el procedimiento previsto en el artículo 149», en el que se hace referencia a evaluar y clasificar las ofertas y realizar la propuesta de adjudicación. Al respecto, hay quienes han llamado la atención sobre el innecesario cambio que propone esta previsión, ya que normalmente el trámite previsto para el caso de que se aprecien ofertas desproporcionadas se realiza antes de

19 La citada posibilidad de valoración de las ofertas en dos fases diferenciadas por incluir esta criterios que han de ser valorados conforme a juicios de valor ha sido criticada, entre otros, por BLANCO LÓPEZ, F., "Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado", cit., p. 3, por entender que el abierto simplificado únicamente simplificará en realidad el procedimiento abierto ordinario si se articula la formulación de las valoraciones en una única oferta contenida en un único sobre y la valoración de las ofertas en un acto único y concentrado.

20 No obstante, y en relación con las entidades locales, la D.A. 2.ª, apartado 7º de la LCSP no prevé especialidades respecto de la mesa de contratación en el caso de que el procedimiento a aplicar sea el abierto simplificado, por lo que, en principio, habría que aplicar la composición general prevista en la citada D.A. 2.ª y estaría presidida por un miembro de la corporación o funcionario de esta, y formarían parte de ella, como vocales, el secretario y el interventor (o los órganos que tengan atribuidas las correspondientes funciones de asesoramiento jurídico y control económico-financiero), así como aquellos otros que designe el órgano de contratación de entre funcionarios de carrera o personal laboral al servicio de la corporación, o miembros electos de ella, debiendo respetar para ello los límites previstos en la propia D.A. 2.ª

la valoración y, por supuesto, de la propuesta de adjudicación²¹. Asimismo, resulta llamativo que sea una previsión especial aplicable al abierto simplificado, desde el momento en que el artículo 149.4 no configura el procedimiento a seguir en caso de ofertas desproporcionadas de la forma en que se hace en el ámbito del abierto simplificado, al preverse que deberá realizarse antes de la valoración y, por tanto, de la propuesta de adjudicación.

Por último, hay que tener en cuenta que, aunque se declare la urgencia del expediente de contratación, en el marco del abierto simplificado, no se pueden reducir los plazos previstos para la licitación, adjudicación y formalización del contrato (art. 159.5).

2.2 El procedimiento abierto supersimplificado

2.2.1 Ámbito de aplicación

Además de incluirse el procedimiento abierto simplificado, como decíamos, se prevé también una vertiente abreviada del citado procedimiento simplificado, al que nos referiremos como el procedimiento abierto supersimplificado.

De conformidad con el artículo 159.6 de la LCSP, cabe acudir a esta tramitación exprés del procedimiento simplificado en el caso de que se trate de un contrato de obras, de valor estimado inferior a 80.000 €, o bien de un contrato de suministros o servicios de valor estimado inferior a 35.000 €, a excepción de los que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual que no pueden acudir a la aplicación de esta vertiente del simplificado.

Es quizás esta vertiente la que podrá permitir que el contrato correspondiente se adjudique en el plazo máximo de un mes, desde el momento en que, además de simplificarse los trámites procedimentales respecto del procedimiento simplificado, se reducen también los plazos de este. Veamos cuáles son las principales especialidades procedimentales.

2.2.2 Especialidades de la tramitación respecto de las previstas para el procedimiento abierto simplificado

En primer lugar, se reduce aún más el plazo de presentación de proposiciones, el cual no podrá ser inferior a diez días hábiles, contados desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil del contratante. No obstante, si se trata de compras corrientes de bienes disponibles en el mercado, el plazo se reduce a cinco días hábiles²².

Pero, además, se exige a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional, de modo que parece que el legislador desea que se confíe en el mercado, lo cual puede determinar la aparición de posibles problemas con el licitador que resulte adjudicatario en el caso de que este no cumpla con unos estándares mínimos de solvencia que, al no solicitarse, son desconocidos por el órgano de contratación en el momento de adjudicar el contrato. Quizás la exigencia de la citada declaración responsable

21 MARABOTTO AGUDO, M.L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", cit., p. 5.

22 Se echa en falta, en este sentido, una aclaración de lo que debe entenderse por compras corrientes disponibles en el mercado, por cuanto este es un concepto muy genérico en el que prácticamente cabría incluir cualquier tipo de compra habitual que realizase el órgano de contratación.

no suponga un grave perjuicio a la rapidez y flexibilidad que se pretende lograr con esta variante supersimplificada y pueda, a su vez, evitar riesgos innecesarios.

En tercer lugar, y respecto de los criterios de adjudicación, estos deben ser cuantificables únicamente mediante la mera aplicación de fórmulas y no, por tanto, mediante juicios de valor. Como consecuencia de ello, solo se presenta un sobre o archivo electrónico.

Asimismo, y en relación con la valoración de las ofertas, la LCSP prevé que esta se pueda realizar automáticamente mediante un dispositivo informático o con la ayuda de una unidad técnica que colaborará con el órgano de contratación. Igualmente, el dispositivo electrónico deberá garantizar que no se procede a la apertura de las ofertas hasta que haya finalizado su plazo de presentación y, por ello, no se exige que esta tenga lugar en acto público. Por otro lado, se requiere que todas las ofertas y la documentación presentada sean accesibles de forma abierta por medios informáticos y sin restricciones desde el momento en que se notifique la adjudicación del contrato.

Finalmente, no se requiere constituir garantía definitiva y la formalización del contrato podrá realizarse mediante la firma de aceptación por el contratista de la resolución de adjudicación.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en todo lo no previsto en el citado apartado 6 del artículo 159, que es el encargado de regular el procedimiento abierto supersimplificado, se aplicará la regulación general del procedimiento abierto simplificado.

3 Segunda medida: en los procedimientos con negociación hay que negociar

3.1 Precisiones previas respecto de los procedimientos con negociación

La LCSP regula, bajo la denominación «procedimientos con negociación» (arts. 166 a 171), el procedimiento de licitación con negociación y el procedimiento negociado sin publicidad. Lo primero que llama la atención es el cambio de denominación del procedimiento negociado con publicidad. Al respecto, hay quienes han apuntado a que el cambio de denominación no es caprichoso y que con ello se pretenden marcar las diferencias existentes entre el procedimiento de licitación con publicidad y el negociado sin publicidad, acabando con la situación anterior en la que bajo la expresión «procedimiento negociado» se incluían dos procedimientos muy diferentes²³.

Asimismo, se advierte, por un lado, el intento de simplificar y aclarar la sistemática y el régimen jurídico del procedimiento de licitación con negociación y del negociado sin publicidad²⁴. De

23 En este sentido se pronuncia GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., p. 21, la cual recuerda además cómo el procedimiento negociado con anuncio previo conlleva publicidad, concurrencia y un grado significativo de transparencia, por ejemplo en relación con el uso y definición de los criterios de selección y adjudicación.

24 De esta forma, se culmina en parte un debate, en lo que respecta a este tema, que comenzó hace más de veinte años y que, en términos generales, enfrentaba a los partidarios que optaban por defender un incremento en la utilización de los procedimientos negociados, con los que recelaban de esta posibilidad por entender que lo anterior conllevaba consecuencias negativas sobre la transparencia y competencia que debe garantizarse en todo procedimiento de adjudicación. Al respecto, resulta especialmente útil el análisis que realiza GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., pp. 2 y ss. Entre otras cuestiones, la autora recuerda cómo, desde el Libro Verde «La contratación pública en Europa, reflexiones para el futuro», de 1996, se ponía de manifiesto que, en los casos en que se admitía, el procedimiento negociado permitía obtener unos resultados económicos más satisfactorios

esta forma, tras precisar cuál va a ser el ámbito de la negociación en ambos procedimientos (art. 166), se regulan separadamente los supuestos que permiten utilizar uno u otro procedimiento (167 para el procedimiento de licitación con negociación y 168 para el negociado sin publicidad), así como la tramitación procedimental de estos (169 para el procedimiento de licitación con negociación y 170 para el negociado sin publicidad). En este sentido, y aunque no constituya el objeto de nuestro estudio el análisis detallado del ámbito de aplicación de los citados procedimientos, sí dejaremos apuntadas tres ideas fundamentales.

Por un lado, y a diferencia de lo previsto en el TRLCSP, la LCSP recoge un catálogo de seis supuestos (art. 167 LCSP) en los que cabe realizar el procedimiento de licitación con negociación o el diálogo competitivo²⁵, lo que determina que el citado procedimiento tenga carácter especial y solo pueda utilizarse en el caso de que concurran las condiciones que prevé la norma²⁶.

En segundo lugar, los citados supuestos pueden ser agrupados, a su vez, en tres grupos. Así, se recoge un primer grupo de supuestos [art. 167, a), b), c) y d)] que coinciden prácticamente con los recogidos en el artículo 26.4 a) de la Directiva 2014/24/UE, en los que, por un lado, puede estar presente algún tipo de dificultad o de situación que exige un proyecto innovador o que, o bien se precisa incluso algún trabajo previo de diseño o adaptación por parte de los licitadores, o también en los casos en que no sea posible definir las especificaciones técnicas²⁷. Por otro lado, se permite igualmente acudir a la licitación de este procedimiento en los casos en que en los procedimientos abiertos o restringidos seguidos previamente solo se

que la convocatoria de concurso tradicional. A su vez, este debate también se mantuvo a raíz de la aprobación de las Directivas 2004/18/CE y 2004/17/CE, ya que, por un lado, es cierto que en la Directiva 2004/18/CE se introdujo un nuevo procedimiento de adjudicación, el diálogo competitivo, pero también lo es que la citada Directiva 2004/18/CE fue criticada por la falta de flexibilidad y prohibición a la negociación que también incluía. *Vid.*, al respecto, entre otros, ARROWSMITH, S., "Modernising the European Union's public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility", *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012. Posteriormente, la Comisión continuó, a lo largo de los años posteriores, abogando por introducir medidas legislativas para simplificar y modernizar el régimen de la contratación pública, y, específicamente, los procedimientos de adjudicación (en este sentido, la Comunicación «Hacia un Mercado Único – hacia una economía social de mercado latamente competitiva», del año 2010 y, muy especialmente, el Libro Verde «La modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de contratación pública más eficiente», de 2011, el cual introduce la idea de más negociación y, entre otras cuestiones, propone la generalización del procedimiento negociado con publicación previa. No obstante, las propias instituciones europeas tampoco se ponían de acuerdo, y así había quienes defendían la introducción de un procedimiento negociado similar al previsto en la Directiva 2004/17 y de eliminar obstáculos para la utilización del diálogo competitivo, como hicieron el Consejo Económico y Social y el Comité de las Regiones, en sendos dictámenes de 2011, y, en cambio, otros se oponían a estas opciones, como fue el caso del Tribunal de Cuentas Europeo, también en un dictamen de 2011. No obstante, finalmente la propuesta de Directiva sobre contratación pública del año 2011 (COM (2011) 896 final) abogó por unos procedimientos más racionales y eficientes en la creencia de que ello beneficiaría a todos los operadores económicos y facilitaría la participación de las pymes y de los licitadores transfronterizos.

- 25 Efectivamente, a tenor de las disposiciones del artículo 131.2 LCSP, el legislador ha optado por establecer un catálogo común de seis supuestos en los que cabe acudir indistintamente al procedimiento de licitación con negociación o al diálogo competitivo.
- 26 Informe 57/03, de 30 de marzo de 2004, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, y STS de 4 de octubre de 1994, Sala 3.ª, Sección 5.ª
- 27 Respecto de estos supuestos, y tal como señalábamos anteriormente, resultan útiles las aclaraciones que se contienen en los considerandos de la Directiva 2014/24/UE, fundamentalmente el 43, que, recordemos, apuntaba a que se trata de casos en los que no se pueden definir los medios precisos para satisfacer sus necesidades o para evaluar las soluciones técnicas, financieras o jurídicas que puede ofrecer el mercado; o que se trata de proyectos que tienen una dimensión considerable, como ocurre con los grandes proyectos de infraestructura integrados, o bien en las redes o en proyectos informáticos de gran tamaño. Asimismo, en los casos de servicios o suministros que exijan un esfuerzo considerable de adaptación o diseño, como ocurre en los casos de adquisiciones complejas que tengan que ver con productos sofisticados, servicios intelectuales o grandes proyectos relacionados con las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC). En este sentido, BLANCO LÓPEZ, F., "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 116, 2012, p. 15, ha afirmado que debería utilizarse el procedimiento de licitación en los supuestos en que el órgano de contratación considere que las características del objeto contractual y su ejecución tengan respuestas diferentes y modalidades de ejecución también distintas, o bien que la complejidad del objeto no presente una formulación de ejecución sencilla, sino que se considere más aconsejable que sean los licitadores los que vayan modulando las posibilidades conforme a las indicaciones del órgano de contratación.

hubieran presentado ofertas irregulares o inaceptables (art. 167.e)²⁸. Este supuesto también está previsto en el artículo 26.4 b) de la citada directiva; y, por último, se prevé además la posibilidad de utilizarlo cuando se trate de contratos de servicios sociales personalísimos que tengan por una de sus características determinantes el arraigo de la persona en el entorno de atención social, siempre que el objeto del contrato consista en dotar de continuidad en la atención a las personas que ya eran beneficiarias de dicho servicio (art. 167.f)²⁹.

En tercer lugar, el artículo 168 se ocupa de concretar, como decimos, los supuestos en que cabe licitar un procedimiento negociado sin publicidad. No obstante, en este momento únicamente apuntaremos que el citado procedimiento no tiene carácter especial (como ocurre en el caso de la licitación con negociación), sino excepcional, y, sin perjuicio de lo anterior, nos remitimos en este momento a lo que se señalará en el siguiente apartado, cuando nos refiramos a la eliminación de la posibilidad de utilizar el negociado sin publicidad por razón de la cuantía, la cual hemos caracterizado como la tercera medida que ha incluido el legislador respecto de los procedimientos de adjudicación con la finalidad de fomentar una mayor transparencia e integridad en estos.

Como consecuencia de lo señalado, se subraya, como decíamos, la idea de que nos encontramos ante procedimientos distintos, no solo desde un punto de vista formal, sino también sustantivo³⁰. Pero no solo eso, porque además en la propia denominación genérica que se utiliza para englobar a ambos procedimientos –procedimientos con negociación– se incluye la referencia a que en ambos casos nos encontramos ante procedimientos en los que hay que negociar.

En este sentido, dispone el artículo 166 que en los citados procedimientos negociados «la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras negociar las condiciones del contrato con uno o varios candidatos». Es cierto que esta caracterización es continuista respecto de la que realizaba el TRLCSP, en el derogado 169, que regulaba el procedimiento negociado en su doble vertiente de con publicidad o sin ella³¹. Ahora bien, también es cierto que lo que sí ha hecho el legislador es atribuir el carácter de

28 Se considerarán irregulares, en particular, las ofertas que no correspondan a los pliegos de la contratación que se hayan recibido fuera de plazo, que muestren indicios de colusión o corrupción o que hayan sido consideradas anormalmente bajas por el órgano de contratación. Se considerarán inaceptables, en particular, las ofertas presentadas por licitadores que no posean la cualificación requerida y las ofertas cuyo precio rebase el presupuesto del órgano de contratación tal como se haya determinado y documentado antes del inicio del procedimiento de contratación.

29 De esta forma, entendemos que se ha llevado a cabo una depuración necesaria respecto de las previsiones del TRLCSP que resultaban aplicables a los supuestos que permitían acudir a la licitación del procedimiento negociado con publicidad. Esta resultaba ser muy engorrosa por contener toda una serie de previsiones relacionadas con las cuantías de los contratos que daban lugar a un juego irracional de remisiones y excepciones. Constituye ejemplo de lo anterior el complejo artículo 177 del TRLCSP, que comenzaba señalando los supuestos en los que había que publicar un anuncio de licitación al licitar el negociado, para a continuación señalar que, si el contrato no estaba sometido a regulación armonizada, también debían ser objeto de publicación previa si se superaban determinadas cuantías.

30 El TRLCSP, en cambio, regulaba en los extensos artículos 170-175 los supuestos en los que cabía acudir a la licitación de un procedimiento negociado, precisando el artículo 177 cuándo era necesario publicar un anuncio de licitación y cuándo se podía prescindir de él. De esta forma, cabía entender que el procedimiento era único y que solo había alguna especialidad procedimental respecto al régimen de la publicidad previa del procedimiento. Por otro lado, quizás hubiera sido aconsejable que la exposición de motivos de la ley incluyera alguna explicación a lo anterior. No obstante, y de un modo un tanto parco, se recoge una única referencia que consiste en señalar que se suprime la posibilidad del uso del procedimiento negociado con o sin publicidad por razón de la cuantía y que se suprime la aplicación de este procedimiento respecto de las obras y servicios complementarios (exposición de motivos, apartado IV).

31 Disponía que «en el procedimiento negociado la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos. 2. El procedimiento negociado será objeto de publicidad previa en los casos previstos en el artículo 177, en los que será posible la presentación de ofertas en concurrencia por cualquier empresario interesado. En los restantes supuestos, no será necesario dar publicidad al procedimiento, asegurándose la concurrencia mediante el cumplimiento de lo previsto en el artículo 178.1».

procedimiento a licitar con carácter ordinario solamente al procedimiento de licitación con negociación³². En cualquier caso, como decimos, ambos procedimientos pivotan sobre la idea de la necesaria negociación que debe tener lugar con los licitadores. Analicemos cómo queda caracterizada esta.

3.2 La negociación como fase procedimental imprescindible

Ambos procedimientos, tanto el de licitación con negociación como el negociado sin publicidad, se articulan en torno a tres fases fundamentales: la selección de candidatos, la negociación y la adjudicación. Con carácter general, la tramitación del procedimiento de licitación con negociación se prevé en el 169; no obstante, estas previsiones también resultan de aplicación al negociado sin publicidad, con la especialidad prevista en el 170, respecto a la no exigencia de publicidad previa.

En este sentido, y sin ánimo de detenernos en la fase de selección de candidatos, la cual se registrá además por las normas aplicables al procedimiento restringido³³, únicamente apuntaremos aquí que el órgano de contratación debe seleccionar a los candidatos a tomar parte en las negociaciones que se vayan a realizar, de conformidad con los criterios objetivos de solvencia correspondientes que se hubieran fijado en el anuncio de licitación, debiendo además invitar a un mínimo de tres candidatos. Una vez seleccionados los candidatos, estos deben ser invitados a formular su oferta inicial³⁴.

La citada oferta inicial supone el punto de partida de la siguiente fase del procedimiento: la negociación, pero nada se dice sobre si esta debería ser valorada por el órgano de contratación y, en este sentido, coincidimos con quienes se han mostrado partidarios de llevar a cabo algún tipo de valoración de las citadas ofertas iniciales, aunque sea de manera genérica, con la finalidad de que el órgano de contratación pueda comenzar a delimitar el ámbito de la negociación³⁵.

La negociación que constituye la pieza fundamental de este procedimiento tendrá por objeto todos los extremos que se hubieran indicado en el pliego y, concretamente, los aspectos económicos y técnicos que se vayan a negociar con los licitadores. De esta forma, afectará a todas las ofertas iniciales que hubieran presentado los licitadores y a todas las ofertas posteriores que vayan presentando estos (salvo la oferta final), con el fin de que puedan ir mejorando su contenido y adaptándolas a los requisitos indicados en el pliego y en el anuncio (art. 169.5

32 La LCSP prevé en el artículo 166.3 que, salvo en los casos excepcionales del 168, los órganos de contratación deberán publicar un anuncio de licitación (art. 166.3 LCSP).

33 Tal como dispone el artículo 169.2 LCSP.

34 Las invitaciones deberán contener toda la información a que se hace referencia en el artículo 163. A su vez, es preciso que se respeten los plazos generales de envío de ofertas a que se hace referencia en el artículo 164.1 y 2, es decir, 30 días si el contrato es SARA y 10 días si es no SARA, ambos contados a partir de la fecha del envío de la invitación.

35 Al respecto, conviene hacer referencia a BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., pp. 6-7, el cual apunta a que una primera valoración de las ofertas puede servir para dimensionar la complejidad de la negociación. En este sentido, considera el citado autor que una eventual gran diferencia en la valoración, destacando claramente una oferta de las restantes empresas participantes en el procedimiento, podría indicar que el procedimiento negociado no será muy intensivo. Y lo mismo ocurriría al contrario, si esa primera valoración de ofertas pone de manifiesto que las diferencias de valoración no son excesivas entre una oferta y otras, puede anunciar que se requerirá precisar y desarrollar las ofertas y que, por tanto, la negociación se desarrollará con cierta intensidad. A su vez, considera que esta se realizaría tomando como referencia los criterios de adjudicación que se hubieran establecido en el pliego. Por su parte, la valoración debería recogerse en un informe de valoración que especificaría una puntuación y, por tanto, la posición de partida en que cada candidato iniciará el proceso de negociación.

LCSP). En este sentido, la negociación debe afectar, por tanto, a aspectos cualitativos de la ejecución contractual, y de esta manera parece que no podría afectar únicamente al precio³⁶.

Y es la pieza clave del procedimiento, porque «constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado»³⁷, y la ausencia de esta determinará la nulidad de pleno derecho del procedimiento, ex artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC), como ha sido reconocido unánimemente por los tribunales de recursos contractuales³⁸.

Además, la negociación debe ser auténtica y no consistir en una mera comparación de ofertas³⁹. A mayor abundamiento, la LCSP ni siquiera contempla la adjudicación sin previa negociación, a diferencia de la directiva, la cual la recoge en el artículo 29.4.

No obstante, esta no va a poder afectar a los requisitos mínimos de la prestación objeto del contrato ni a los criterios de adjudicación, tal como se hubieran fijado en el pliego (art. 169.5 LCSP). Tampoco puede negociarse la oferta final que formulen los licitadores correspondientes.

Por otro lado, y aunque es obligatorio en el procedimiento de licitación con negociación constituir una mesa de contratación (art. 326 LCSP)⁴⁰, la negociación de las ofertas no corresponde a la mesa, sino al órgano de contratación, en su caso, a través de los servicios técnicos de ellos dependientes (art. 169.5 LCSP). De esta forma, parece que sería aconsejable contar con una unidad de asistencia, distinta del órgano de contratación y de la mesa de contratación, cuyos miembros tengan la experiencia y solvencia técnica necesarias⁴¹.

36 *Vid.*, en este sentido, Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y también BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 9.

37 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de octubre de 2010 (C-337/1998) y STJUE de 9 de junio de 2011 (C-401/09 P).

38 Sirva de ejemplo, entre otras, la Resolución 50/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, o el Acuerdo 10/2013, del Tribunal de Contratos Públicos de Navarra. También, en el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, en su Acuerdo de 21 de julio de 2010, o la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Junta de Andalucía, en el Informe 3/2007.

39 Al respecto, recuerda la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que «lo cierto es que una mala praxis administrativa ha venido utilizando indebidamente este procedimiento, desvirtuando su carácter “negociado” al prescindir de un trámite esencial y definitorio del mismo, cual es la negociación, realizándose exclusivamente la solicitud de ofertas y adjudicación a la considerada mejor oferta en su conjunto. Probablemente aquella mala praxis sea consecuencia de que, en sus orígenes, este procedimiento tuvo una escasa regulación que condujo a asimilar, en cierta manera, el procedimiento negociado con la antigua adjudicación directa, confusión que ha perdurado en el tiempo y que ha acarreado un uso indebido y abuso de este procedimiento».

40 En este sentido, y de conformidad con las previsiones del artículo 22.3 del Real decreto relativo a las funciones de las mesas de contratación, en el procedimiento negociado, la mesa, en los casos en que intervenga, tiene que calificar la documentación general acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos y, una vez concluida la fase de negociación, tiene que valorar las ofertas de los licitadores y proponer al órgano de contratación la adjudicación correspondiente. Por otro lado, hay quienes critican la necesidad de constituir la mesa de contratación en este tipo de procedimientos por ser un órgano que complica el procedimiento y que se superpone a los órganos técnicos constituidos por profesionales que, al conocer la prestación objeto de la contratación, son los auténticos responsables de la valoración de las ofertas. *Vid.*, en este sentido, BLANCO LÓPEZ, F., “El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal”, cit., p. 8. Hay que tener en cuenta que, precisamente, con fecha de 28 de septiembre de 2017 se ha publicado en el BOE n. 234 la Orden EIC/910/2017, de 21 de septiembre, por la que se crean y regulan la Junta de Contratación y la Mesa Única de Contratación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

41 En este sentido, la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado, p. 25, apunta que es aconsejable que esta la lleve a cabo una unidad de asistencia, unipersonal o colegiada, distinta del órgano de contratación, y que las personas encargadas de tramitar la negociación tengan la experiencia técnica, el conocimiento del mercado y las destrezas necesarias para negociar un buen acuerdo con los proveedores o contratistas. Precisa, además, el citado informe que no se requiere que la apertura de la oferta inicial se realice en acto público.

A su vez, la negociación, que admite múltiples configuraciones, pero que deberá estar perfilada en el PCAP, podrá articularse en fases sucesivas, con la finalidad de reducir progresivamente el número de ofertas a negociar, conforme a la aplicación de los criterios de adjudicación que se hubieran recogido en el anuncio de licitación o en el pliego. No obstante, si se va a hacer uso de esta posibilidad, es preciso que se prevea en los citados documentos. Asimismo, es necesario que el número de soluciones que lleguen hasta la fase final sea lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva.

En este sentido, tal como han apuntado algunos, se considera una exigencia del principio de transparencia, y una buena práctica a seguir, que el pliego de cláusulas administrativas particulares detalle la forma en que se va a realizar la negociación: número de rondas previstas, si la negociación se realizará presencialmente, por escrito o por vía telemática, etc. Además, es necesario dejar constancia documental del proceso de negociación en el expediente administrativo, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos, que registren los términos en que se desarrolla la negociación⁴².

Por otro lado, se exige que durante la negociación el órgano de contratación y la mesa respeten el principio de igualdad de trato entre los licitadores y el correspondiente deber de confidencialidad, como también recoge la directiva (art. 169.4).

Así, en primer lugar, las mesas de contratación y los órganos de contratación no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto e informarán por escrito a todos los licitadores cuyas ofertas no hayan sido excluidas de todo cambio en las especificaciones técnicas u otra documentación de la contratación, y les darán plazo suficiente para que presenten una nueva oferta revisada (art. 169.7).

Pero, además, en el curso del procedimiento las mesas de contratación y los órganos de contratación cumplirán con su obligación de confidencialidad en los términos establecidos en esta ley, por lo que no revelarán a los demás participantes los datos designados como confidenciales que les haya comunicado un candidato o licitador sin el consentimiento previo de este. Dicho consentimiento no podrá tener carácter general, sino que deberá especificar a qué información se refiere. No obstante, los licitadores que hayan presentado una oferta admisible pueden solicitar información acerca del desarrollo de las negociaciones y, en este caso, la mesa de contratación o, en su defecto, los servicios dependientes del órgano de contratación comunicarán lo antes posible, y en todo caso dentro de los quince días siguientes al de recepción de la solicitud por escrito de aquel, el desarrollo de dichas negociaciones (art. 171.1 LCSP)⁴³.

42 Recomendación 1/2016, de 20 de abril, p. 25. Debe recordarse también la obligación que deriva del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE, de que a más tardar el 18 de abril de 2018 los Estados miembros garantizarán que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información se lleven a cabo utilizando medios de comunicación electrónicos, y, en particular, la presentación electrónica de ofertas y solicitudes. Asimismo, recuerda la citada recomendación cómo la (antigua) Comisión Nacional de la Competencia, en la «Guía sobre contratación pública y competencia» de 2010, sugiere que para la realización de la negociación, las administraciones públicas elaboren “protocolos de funcionamiento que identifiquen los criterios utilizados para la selección de los candidatos” y en los que se desarrolle “tanto el procedimiento de negociación como los aspectos sobre los que esta versará y el momento exacto en que se llevará a cabo”.

43 En este sentido, el Acuerdo 33/2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, entendió que el hecho de que se revelen todas las ofertas y quiénes son los licitadores vicia el procedimiento, porque, «si bien las ofertas pueden ser utilizadas por el órgano de contratación, no pueden ser públicas frente al resto de licitadores, por el carácter reservado que debe ser mantenido durante toda la fase de negociación como garantía de que todos los licitadores que participen en la negociación reciban igual trato y ninguno de ellos se encuentre en posición ventajosa respecto del resto».

Cuando el órgano de contratación decida concluir las negociaciones, informará a todos los licitadores y establecerá un plazo común para la presentación de ofertas nuevas o revisadas. Finalmente, la mesa de contratación verificará que las ofertas definitivas se ajustan a los requisitos mínimos y que cumplen todos los requisitos establecidos en el pliego, las valorará con arreglo a los criterios de adjudicación, elevará la correspondiente propuesta y el órgano de contratación procederá a adjudicar el contrato (art. 169.8 LCSP).

Por otro lado, y respecto al negociado sin publicidad, se subraya la importancia que da la LCSP a la necesaria existencia de la negociación entre las partes, por cuanto el artículo 170.2 (que regula las especialidades procedimentales de este procedimiento) remite el contenido de la negociación a las previsiones que a tal efecto dispone el artículo 169.5 en relación con el procedimiento de licitación con negociación. Por tanto, todo lo señalado anteriormente debe trasladarse también para el caso de que se trate de un negociado sin publicidad. Y, por si ello no bastara, el apartado segundo del citado 170 dispone que, incluso cuando solo exista un candidato, deberá existir también negociación respecto de la oferta que hubiera presentado.

4 Tercera medida: se elimina el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía

En tercer y último lugar, el legislador ha optado también por eliminar la posibilidad de utilizar el negociado sin publicidad por razón de la cuantía y, por tanto, no hay rastro de esta posibilidad en el artículo 168, que es el que se ocupa de recoger los supuestos excepcionales que permiten acudir al negociado sin la publicación previa de un anuncio de licitación. De esta forma, el legislador ha optado por realizar una transposición prácticamente idéntica de los supuestos previstos en el artículo 32 de la Directiva 2014/24/UE y que son los que permiten licitar un procedimiento de este tipo. En este sentido, los supuestos en los que cabe acudir al procedimiento negociado sin publicidad aparecen agrupados en cinco categorías, las cuales hacen referencia al tipo de contrato que se esté licitando y especifican los supuestos en que, respecto de estos, cabe utilizar el procedimiento que nos ocupa⁴⁴.

En primer lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios, en los tres siguientes supuestos. Por un lado, ante la ausencia de ofertas o de solicitudes de participación, o de ofertas o de solicitudes de participación adecuadas en el ámbito de un procedimiento abierto o restringido previo⁴⁵. Asimismo, cuando las prestaciones solo puedan ser proporcionadas por un operador concreto (art. 168 a)

44 Ha analizado detenidamente todos estos supuestos GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, cit., pp. 34 y ss.

45 El artículo 168 a) 1.º señala además que, en estos casos, no se pueden modificar sustancialmente las condiciones iniciales del contrato, y concretamente el presupuesto base de la licitación ni el sistema de retribución. También se especifica qué debe entenderse por oferta y solicitud inadecuada. La oferta es inadecuada si no es pertinente para el contrato por resultar manifiestamente insuficiente para satisfacer las necesidades del órgano de contratación. A su vez, una solicitud de participación es inadecuada si el empresario puede ser excluido de conformidad con las previsiones de la LCSP o no satisface los criterios de selección del órgano de contratación. De esta forma, solo en los casos en que se incumplan gravemente los pliegos, o bien los operadores económicos carezcan de la aptitud necesaria, podrán ser reconducidos a procedimientos negociados sin publicidad. Y precisamos esto para distinguir este supuesto de oferta o solicitud inadecuada, que se produce en los supuestos más graves, del de oferta irregular o inaceptable, que permite, a su vez, acudir a la licitación con negociación o al diálogo competitivo

2.º)⁴⁶. Y, por otro lado, cuando el contrato haya sido declarado secreto o reservado o deba ir acompañado de medidas de seguridad especiales.

En segundo lugar, cabe utilizarlo en los contratos de obras, servicios o suministros, en los dos siguientes casos. En primer lugar, cuando sea estrictamente necesario por razones de imperiosa urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles que demanden una pronta ejecución del contrato que no pueda lograrse mediante la aplicación de la tramitación de urgencia prevista en el artículo 119⁴⁷. Y aparentemente también en el caso previsto en el artículo 167 e) cuando en un procedimiento abierto o restringido solo se presenten ofertas irregulares o inaceptables⁴⁸.

En tercer lugar, en los contratos de suministros, es posible utilizarlo, por un lado, cuando se trate de productos que se fabrican exclusivamente para fines de investigación y desarrollo⁴⁹; también en el caso de que se trate de contratos cuyo objeto sean suministros adicionales efectuados por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, en los casos en que el cambio de proveedor obligaría al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas; asimismo, cuando se vayan a adquirir suministros cotizados y, por último, cuando se trate de la adquisición de suministros en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

En cuarto lugar, en los contratos de servicios cuando este sea la consecuencia de un concurso de proyectos⁵⁰, o también cuando se vayan a adquirir servicios en condiciones especialmente ventajosas, bien de un proveedor que cesa definitivamente su actividad, bien de un administrador en caso de procedimientos de insolvencia.

46 Concretamente, cuando el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única; cuando no existe competencia por razones técnicas o bien cuando proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los de propiedad intelectual e industrial.

47 Al respecto conviene tener presente, como apunta GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", cit., p. 35, que el TJUE ha realizado una interpretación muy restrictiva de la imperiosa urgencia, la cual requiere el cumplimiento de tres requisitos: que se dé un acontecimiento imprevisto, que sea incompatible la urgencia con los plazos previstos en otros procedimientos y que exista una relación de causalidad entre el acontecimiento imprevisto y la imperiosa urgencia que de él deriva (STJUE de 18 de noviembre de 2004, C-126/03, Comisión contra Alemania).

48 No obstante, esta circunstancia determina la posibilidad de la aplicación de la licitación con negociación o del diálogo competitivo, por lo que entendemos que solo procedería acudir al negociado sin publicidad en el caso de que no pueda acudirse a la licitación con negociación o al diálogo competitivo, por cuanto, en caso contrario, se estarían solapando los supuestos de aplicación de uno y otro procedimiento.

49 Ahora bien, en este supuesto se contempla el caso de que lo que se desea adquirir es un prototipo o un primer bien o servicio desarrollado en el ámbito de un contrato de I+D, es decir, en cantidad limitada. Y ello por cuanto el artículo 168 c) 1.º) especifica que no cabe incluir en este supuesto la producción en serie destinada a establecer la viabilidad comercial del producto o a recuperar los costes de la I+D, esto es, la producción a gran escala. Por otro lado, respecto de los contratos de I+D, hay que tener en cuenta las previsiones que establece el artículo 8, el cual las excluye del ámbito de aplicación de la LCSP si se dan las circunstancias aludidas en el citado artículo. Con carácter específico, se excluyen del ámbito de aplicación de la LCSP.

50 Si hubiera varios ganadores del concurso, se debería invitar a todos ellos a participar en las negociaciones. Son concursos de proyectos los procedimientos encaminados a la obtención de planos o proyectos, principalmente en los campos de la arquitectura, el urbanismo, la ingeniería y el procesamiento de datos, a través de una selección que, tras la correspondiente licitación, se encomienda a un jurado (art. 183.1). Las normas especiales aplicables a los concursos de proyectos se recogen en los artículos 183-187.

En quinto y último lugar, en los contratos de obras o servicios adicionales siempre y cuando se cumplan las condiciones que prevé el artículo 168 e) LCSP⁵¹.

De esta forma, como decimos, y con el objetivo de fomentar una mayor transparencia en la contratación pública, queda eliminada claramente la posibilidad de recurrir a este procedimiento por razón de la cuantía, lo cual, como han apuntado algunos⁵², resulta coherente a raíz de la presión europea que sobre nuestro país se ha realizado para eliminar el citado procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía. A modo de ejemplo, puede citarse la Decisión del Consejo de Europa de 2 de agosto de 2016, por la que se formulaba una advertencia a España para que adoptara medidas dirigidas a la reducción del déficit y en el que se ponía de manifiesto el nivel relativamente elevado en la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en comparación con otros Estados miembros. También se subraya esta circunstancia en el Informe anual de la Comisión Europea sobre desequilibrios macroeconómicos, publicado en febrero de 2017⁵³.

Y es que parece que se estaba utilizando este procedimiento con carácter ordinario, cuando representa una importante restricción de la concurrencia, lo que aconsejaba utilizarlo de modo limitado⁵⁴. De esta forma, quizás el problema no radicaba en la posibilidad de recurrir a su aplicación, sino más bien en cómo se estaba utilizando, por cuanto parece, como decimos, que a pesar de estar configurado como un procedimiento de carácter excepcional su utilización era muy común. A mayor abundamiento, ni siquiera se utilizaba correctamente, ya que también se estaría prescindiendo de las negociaciones necesarias, de tal forma que prácticamente se estaban llevando adjudicaciones directas. Todo lo anterior determinaba que se estuviera poniendo en peligro la necesaria observancia de los principios de igualdad de trato y transparencia⁵⁵.

En cualquier caso, también es cierto que el Gobierno ya había puesto también de manifiesto su intención de eliminar este procedimiento, incluso antes de las citadas advertencias, pues en el informe sobre el anteproyecto de la LCSP ya se señalaba que se eliminaba el citado procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía⁵⁶. También se afirmaba en el citado informe que para no perder las ventajas de agilidad que tenía el citado procedimiento se creaba uno nuevo, el abierto simplificado, cuya duración, como hemos visto, se

51 Este supuesto debe cumplir con las siguientes condiciones: las obras o servicios que constituyan su objeto consisten en la repetición de otros similares adjudicados al mismo contratista mediante alguno de los procedimientos de licitación regulados en la ley y, previa publicación del correspondiente anuncio de licitación, deben ajustarse a un proyecto base que ha sido objeto del contrato inicial adjudicado por dicho procedimiento. El citado proyecto base mencionará necesariamente el número de posibles obras o servicios adicionales, así como las condiciones en que serán adjudicados estos; la posibilidad de hacer uso de este procedimiento debe estar indicada en el anuncio de licitación del contrato inicial; el importe de las nuevas obras o servicios ha debido tenerse en cuenta al calcular el valor estimado del contrato inicial, y no han transcurrido más de tres años a partir de la celebración del contrato inicial.

52 Así, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.

53 CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", cit., p. 7.

54 Recomendación 1/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón.

55 De forma muy elocuente, CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", cit., p. 7, «este, a mi juicio, es el gran problema de fondo: que hemos convertido un procedimiento de adjudicación que, en principio, podría haber sido de gran utilidad, por su carácter ágil y flexible para adjudicar determinados contratos de escasa cuantía, en una herramienta útil para adjudicar contratos "a dedo". En otras palabras, hemos confundido el procedimiento negociado sin publicidad con la adjudicación directa, cuando lo que se pretendió, al menos teóricamente, con su introducción en la Ley de contratos de 1995 era algo totalmente diferente».

56 El informe citado fue aprobado en la sesión del Consejo de Ministros celebrada el 17 de abril de 2015.

prevé breve y sí proporciona la necesaria publicidad y transparencia en el procedimiento de licitación del contrato.

Este objetivo de reconducir al procedimiento abierto simplificado los supuestos que, por razón de la cuantía, se licitaban a través del negociado sin publicidad también se recoge, como señalábamos anteriormente, en la propia exposición de motivos de la LCSP. Ahora bien, otra cosa es que el procedimiento abierto simplificado logre cumplir con las expectativas que tiene el legislador; no obstante, lejos de poder dar solución a este interrogante en este momento, habrá que esperar a que sea la práctica la que determine si realmente el procedimiento abierto simplificado logra cumplir este objetivo.

Por todo lo señalado y con la finalidad de concluir esta contribución, podemos afirmar que es cierto que el legislador ha incluido una serie de medidas respecto de los procedimientos de adjudicación de contratos que pretenden fomentar una mayor transparencia e integridad en la contratación pública, para lograr cumplir, en definitiva, con el principio de igualdad de trato. Pero también es cierto que parece que en otras ocasiones o se ha quedado a medias o ha optado por mantener otras opciones que dudosamente contribuyen a la consecución de los objetivos señalados, como ocurre en el caso de los contratos menores o con el mantenimiento de las instrucciones internas para las entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores. Es por ello por lo que, quizás, la valoración general que al respecto puede darse no sea plenamente satisfactoria y quede la sensación de que se podría haber hecho más a favor de la transparencia e integridad en la contratación pública.

5 Bibliografía

- ARROWSMITH, S., "Modernising the European Union's public procurement regime: a blue print for real simplicity and flexibility", *Public Procurement Law Review*, vol. 21 (3), 2012.
- BLANCO LÓPEZ, F., "El procedimiento negociado de adjudicación de contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de una nueva regulación legal", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 116, 2012.
- BLANCO LÓPEZ, F., "Propuesta de regulación legal del procedimiento abierto simplificado", publicado en la web del *Observatorio de Contratación Pública*, con fecha de 4 de enero de 2016.
- CARRODEGUAS MÉNDEZ, R., "El ocaso del procedimiento negociado sin publicidad. ¿Y ahora qué?", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 9, 2017.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Observatorio de Contratos Públicos*, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La Ley de contratos del sector público: una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 147, 2010.

- GIMENO FELIU, J. M., "Medidas de prevención de corrupción y refuerzo de la transparencia en la contratación pública", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Las nuevas directivas de contratación pública, número monográfico especial del Observatorio de Contratación Pública*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015,
- MALARET, E., "El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia", *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 15, 2016.
- MARABOTTO AGUDO, M. L., "El procedimiento abierto simplificado en el Proyecto de Ley de contratos del sector público", *Contratación administrativa práctica*, n. 151, septiembre-octubre 2017.
- MEDINA ARZAIZ, T., "Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española", Fernández Acevedo, R., y Valcárcel Fernández, P. (dirs.), *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014.

Regap



ESTUDIOS

Regap

Notas

2

A transformación do emprego público en España a través da xurisprudencia europea: igualdade, dereitos sociais e temporalidade

La transformación del empleo público en España a través de la jurisprudencia europea: igualdad, derechos sociales y temporalidad

Transforming public employment in Spain through the European case-law: equal treatment, social rights and fixed-term contracts

54
Regap

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS

Magistrado y miembro de la Red de Expertos en Derecho de La Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial
d.ordonez@poderjudicial.es

Recibido: 27/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: A integración europea tivo un efecto considerable nas relacións das administracións cos seus empregados. As liberdades económicas, a cidadanía da Unión e as directivas de protección social acabaron afectando ao réxime dos empregados públicos. O estudo analiza a xurisprudencia europea provocada polos xuíces españois e a súa aplicación polas distintas xurisdicións, social e contencioso-administrativa, que se ocupan dos empregados públicos. A directiva sobre contratos de duración determinada supuxo un cambio revolucionario en numerosos aspectos das relacións dos empregados públicos, desde os trienios, sexenios, cómputo de méritos ata indemnizacións por cesamento. Tamén o abuso da contratación temporal exige medidas lexislativas e, subsidiariamente, xudiciais que sexan efectivas e disuasorias.

Palabras clave: directiva, emprego público, funcionario, condicións de traballo, traballo temporal, xurisdición social, xurisdición administrativa.

Resumen: La integración europea ha tenido un efecto considerable en las relaciones de las administraciones con sus empleados. Las libertades económicas, la ciudadanía de la Unión y las directivas de protección social han terminado afectando al régimen de los empleados públicos. El estudio analiza la jurisprudencia europea provocada por los jueces españoles y su aplicación por las distintas jurisdicciones, social y contencioso-administrativa, que se ocupan de los empleados públicos. La directiva sobre contratos de duración determinada ha supuesto un cambio revolucionario en numerosos aspectos de las relaciones de los empleados públicos, desde los trienios, sexenios, cómputo de méritos hasta indemnizaciones por cese. También el abuso de la contratación temporal exige medidas legislativas y, subsidiariamente, judiciales que sean efectivas y disuasorias.

Palabras clave: directiva, empleo público, funcionario, condiciones de trabajo, trabajo temporal, jurisdicción social, jurisdicción administrativa.

Abstract: European integration has considerably affected the relationship between Government and civil servants. Economic liberties, EU citizenship and directives on social protection have substantially influenced public employment. This paper analyses European case law derived from Spanish labour and administrative judges concerning

public employees' relations involving three-yearly length-of-service instruments, training requirements or even compensation for termination of the employment contract, if these are granted to permanent workers. Moreover, in order to prevent abuses of successive fixed-term employment contracts, Directive demands legislative measures, but in absence of implementation, national Courts must determine whether these requirements are met by the provisions of the applicable national legislation and that must apply effective, equivalent and deterrent remedies.

Keywords: directive, public employee, civil servant, employment conditions, fixed-term work, social jurisdiction, administrative jurisdiction.

Sumario: 1 Introducción. 2 El principio europeo de igualdad y su aplicación a los empleados públicos españoles. 2.1 Las diferencias de regulación entre los empleados públicos no son relevantes para el derecho de la Unión. 2.2 La nacionalidad, la libre circulación de ciudadanos de la Unión y los empleados públicos. 2.3 La discriminación por razón de la edad de los empleados públicos. 3 La aplicación de los derechos sociales europeos a los empleados públicos españoles. 4 La protección europea de los empleados públicos temporales en España. 4.1 La equiparación de los derechos de los empleados públicos fijos y temporales (cláusula 4.1 del acuerdo). 4.2 Las medidas contra el abuso en la contratación temporal en el empleo público (cláusula 5.1 del acuerdo). 4.3 Los efectos de la Directiva 1999/70 en la jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa de los tribunales españoles. 4.3.1 La aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo: ¿la equiparación de indemnizaciones por cese a todos los empleados públicos temporales? 4.3.2 La aplicación de la cláusula 5.1 del acuerdo en España: ¿la generalización del empleo público indefinido no fijo? 5 Conclusión. 6 Bibliografía.

1 Introducción

Hace 60 años, cuando se firmaba el Tratado de Roma, resultaba difícil prever una evolución tan extraordinaria del derecho de la Unión Europea hasta el punto de afectar a ámbitos tradicionalmente vinculados al núcleo de la soberanía de los Estados. Un buen ejemplo de estos cambios es el empleo público, que, en principio y de manera expresa, quedaba al margen de la integración europea pero que, con el paso del tiempo, se ha visto sustancialmente afectado por el desarrollo europeo¹.

En realidad, se ha producido un efecto desbordante (*spill over*) del derecho de la Unión. Y así se puede observar a la vista del vigente artículo 45.4 TFUE, que se corresponde con el artículo 38.4 tal como fue redactado por el Tratado CEE, conforme al cual la libre circulación de los trabajadores no afecta a las administraciones: «Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública».

Aun cuando los efectos de la integración europea son muy considerables en el empleo público, esto no impide que cada Estado miembro conserve el poder de establecer el modelo de empleado público que considere conveniente siempre y cuando, claro está, no afecte a la aplicación de las normas de la Unión Europea. Precisamente estas normas de la Unión están contenidas en los propios tratados constitutivos, como el caso de la proscripción de la discriminación por razón de la nacionalidad entre los ciudadanos de la Unión o la prohibición de discriminaciones salariales entre trabajadores masculinos y femeninos, o en el derecho derivado, especialmente en numerosas directivas que, finalmente, se han terminado aplicando a los empleados públicos en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, las vacaciones, el trabajo de duración determinada o la no discriminación por razón de la edad, la orientación sexual, la discapacidad o la religión.

1 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012, pp. 272-287; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013, pp. 26-58.

La aplicación del derecho de la Unión a los empleados públicos españoles ha tenido notables consecuencias, pero aún plantea numerosos problemas derivados, en particular, de las distintas relaciones de empleo y de servicios de los empleados públicos (funcionarios, estatutarios y laborales) y del reparto jurisdiccional, social y contencioso-administrativo para dirimir las controversias.

Esta perspectiva judicial podría ser de interés para describir el estado actual de la transformación del estatuto de los empleados públicos en España como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea. A tal efecto, me centraré en algunos problemas interpretativos básicos que han merecido la atención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de los tribunales españoles.

Para esto me propongo abordar tres ámbitos complementarios. En primer lugar, la aplicación del principio de igualdad, tal como se consagra en el tratado constitutivo y se ha desarrollado mediante la armonización de las legislaciones. En segundo lugar, la conquista, también por los empleados públicos, de derechos sociales consagrados por directivas europeas en materia de tiempo de trabajo, vacaciones, etc. Y, por último, el efecto que ha tenido la aplicación y la interpretación de la directiva europea que protege también a los empleados públicos en el caso de que estén contratados o sean nombrados temporalmente.

2 El principio europeo de igualdad y su aplicación a los empleados públicos españoles

La lucha contra las discriminaciones en materia laboral es un signo de identidad de la integración europea centrada desde el primer momento en eliminar cualquier discriminación por razón de la nacionalidad en materia de libre circulación de trabajadores y comprometida en desterrar la secular discriminación entre hombres y mujeres inicialmente en lo que se refiere a los salarios.

En el ámbito del empleo público, tal lucha especialmente legítima requiere algunas matizaciones. En primer lugar, los Estados miembros tienen el poder de establecer el modelo de empleados públicos que consideren más apropiado. En segundo lugar, en ámbitos muy restringidos del empleo público y en la medida en que participen de la naturaleza de poder público, se pueden mantener las discriminaciones por razón de nacionalidad; pero en los demás supuestos esta prohibición de discriminación se extiende no solo al acceso al empleo, sino también a los efectos desincentivadores que pudiera tener el ejercicio de la libre circulación de trabajadores en la Unión. En tercer lugar, la aplicación de las directivas específicas ofrece consideraciones de gran interés por ejemplo en cuanto al régimen de acceso y a las limitaciones por razón de la edad.

2.1 Las diferencias de regulación entre los empleados públicos no son relevantes para el derecho de la Unión

Un principio esencial para comprender la aplicación del derecho de la Unión Europea al empleo público en los distintos Estados miembros es que estos conservan el poder de establecer el estatuto que consideren conveniente. Esta actitud responde a un principio más

Regap



NOTAS

general de autonomía institucional y procedimental que constituye el núcleo mismo de la integración europea.

Esto quiere decir que, por ejemplo en un caso como España, el régimen de los empleados públicos que establece distintas categorías, como funcionarios, estatutarios y laborales, tal como resulta del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), es plenamente conforme al derecho de la Unión². Por tanto y, por simplificar, para el derecho de la Unión es irrelevante que se distinga entre funcionarios, estatutarios y laborales, por citar las tres categorías más frecuentes de empleados de las administraciones españolas.

De hecho, el Tribunal de Justicia en su *auto Rivas Montes* inadmite la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Social n. 1 de Córdoba en la medida en que el problema que se plantea es el trato diferente entre la Sra. Rivas Montes, auxiliar administrativa con vinculación laboral al Ayuntamiento de Córdoba, y otros empleados municipales pero con vinculación funcional. En este caso, el juez cordobés subrayaba que la percepción de trienios era mucho más fácil en el caso de los funcionarios interinos que tratándose de personal laboral temporal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia advierte: «las posibles diferencias de trato entre personal funcionario y personal laboral [...] no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por el acuerdo marco [sobre el trabajo de duración determinada contenido en la Directiva 1999/70/CE]»³.

2.2 La nacionalidad, la libre circulación de ciudadanos de la Unión y los empleados públicos

La prohibición de discriminación no se aplicó inicialmente en el ámbito de las administraciones públicas, porque así parecía deducirse del referido artículo 38.4 del Tratado CEE, que reitera el vigente artículo 45.4 TFUE. Sin embargo, la jurisprudencia se encargó de ir reduciendo los empleos públicos resistentes a esta cláusula antidiscriminatoria⁴.

Por una parte, el requisito de nacionalidad española, excluyendo a otros ciudadanos de la Unión, es contrario a la libre circulación de trabajadores, salvo, como recuerda el Tribunal de Justicia en su *sentencia Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, en el caso de «los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de nacionalidad» (apartado 39)⁵.

2 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 (BOE n. 261, de 31/10/2015).

3 TJUE, auto de 7 de marzo de 2013, *Rafaela Rivas Montes / Instituto Municipal de Deportes de Córdoba*, C-178/12, EU:C:2013:150 (inadmisibilidad y cuestión de cálculo de la antigüedad que discrimina a los laborales respecto de los funcionarios).

4 Véanse, para el caso de los notarios, las sentencias del TJUE (Gran Sala), de 24 de mayo de 2011, *Comisión / Bélgica*, C-47/08, EU:C:2011:334; *Comisión / Francia*, C-50/08, EU:C:2011:335; *Comisión / Luxemburgo*, C-51/08, EU:C:2011:336; *Comisión / Portugal*, C-52/08, EU:C:2011:337; *Comisión / Austria*, C-53/08, EU:C:2011:338; *Comisión / Alemania*, C-54/08, EU:C:2011:339; y *Comisión / Grecia*, C-61/08, EU:C:2011:340 (requisito de nacionalidad para el ejercicio de notario).

5 TJCE, sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española / Administración del Estado, Asociación de Navieros Españoles (ANAVE)*, C-405/01, EU:C:2003:515 (reserva a los españoles de los empleos de capitán y primer oficial de los

En este caso, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo español le había preguntado al Tribunal de Justicia si era conforme con el derecho comunitario europeo la reserva que el Real decreto 2062/1999 hacía en favor de los españoles en cuanto a los empleos de capitán y primer oficial de los buques mercantes españoles. El Tribunal de Justicia reconoce que cualquier nacional de un Estado miembro tiene derecho a acceder a tales empleos, sin discriminación alguna por razón de nacionalidad.

Aun cuando existen algunos supuestos de reserva de empleos públicos a españoles, lo cierto es que la regulación general contenida en el artículo 61 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que solo excepcionalmente se podrá exigir la nacionalidad española para el acceso a la condición de funcionarios. En los demás casos, como ocurre en particular con los laborales, los ciudadanos de la Unión y los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las administraciones públicas en igualdad de condiciones que los españoles.

Por otra parte, existe un efecto de gran importancia para los empleados públicos y que deriva del ejercicio de la libre circulación de la Unión Europea: la regulación de los empleados públicos no puede desincentivar la libre circulación de trabajadores.

El Tribunal de Justicia dejó bien clara esta obligación y en 2006 condenó a España por incumplimiento del derecho de la Unión por no tener en cuenta en el cálculo de los trienios los períodos de servicio anteriores cubiertos por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros⁶. El Tribunal de Justicia dedujo de su jurisprudencia, como invocaba la Comisión Europea, que «España debe garantizar que se tengan efectivamente en cuenta la antigüedad y experiencia profesional adquiridas por los ciudadanos comunitarios en la función pública de otro Estado miembro y concederles, a este respecto, los mismos derechos y ventajas en materia de clasificación y retribución que los reconocidos a los ciudadanos comunitarios que han adquirido una experiencia similar en la función pública española» (apartado 11).

Esto explica que los títulos o la experiencia adquirida en otros países de la Unión o en instituciones públicas o privadas se asimilen, a los efectos de acceder o a promocionar en el empleo público, a los obtenidos o adquiridos en España. Así lo reveló la *sentencia Fernández de Bobadilla* en relación con los títulos, certificados y otros diplomas que presentó una ciudadana española que había obtenido en el Reino Unido y que, sin embargo, fue excluida del concurso-oposición. Pero, a juicio del Tribunal de Justicia, las autoridades españolas, en este caso el Museo del Prado, debían realizar una comparación entre las aptitudes acreditadas por dichos títulos y los conocimientos y capacitación exigidos por las disposiciones españolas⁷.

2.3 La discriminación por razón de la edad de los empleados públicos

La Directiva 2000/78/CE es un instrumento que pretende alcanzar la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por lo que lucha contra las discriminaciones basadas en la religión o

buques mercantes).

6 TJCE, sentencia de 23 de febrero de 2006, Comisión / España (incumplimiento por no considerar la antigüedad y experiencia profesional adquiridas en la función pública de otros Estados miembros), C-205/04, EU:C:2006:137.

7 TJCE, sentencia de 8 de julio de 1999, Teresa Fernández de Bobadilla contra Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, C-234/97, EU:C:1999:367 (reconocimiento de títulos de restauradora de bienes culturales).

en las convicciones, en la discapacidad, en la edad o en la orientación sexual⁸. Esta directiva se aplica «a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos» y está teniendo un importante efecto en el empleo público en España.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse a petición de jueces españoles sobre la discriminación basada en la edad en el acceso a la condición de funcionarios en España: los agentes de la Policía Local en Asturias (*sentencia Vital Pérez*⁹) y los agentes de la policía autonómica en el País Vasco (*sentencia Salaberría Sorondo*¹⁰).

En el caso asturiano, se planteaba si la ley autonómica que establecía la edad máxima de 30 años para acceder al puesto de Policía Local era conforme con la carta y con la Directiva 2000/78/CE. El Tribunal de Justicia reconoció, en primer lugar, la existencia de un principio de no discriminación por razón de la edad que debe considerarse un principio general del derecho de la Unión y que se ha concretado en la Directiva 2000/78 en el ámbito del empleo y la ocupación.

En segundo lugar, esta directiva se aplica tanto al sector público como al privado en relación con el acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional.

En tercer lugar, la cuestión sustancial era si el límite de los 30 años era aplicable a los policías locales, teniendo en cuenta que, en una sentencia anterior de 2010, la *sentencia Wolf*, el Tribunal de Justicia había considerado que este mismo límite de edad estaba justificado para acceder al puesto de bombero en un ayuntamiento alemán¹¹.

Por una parte, el Tribunal de Justicia consideró que, en aplicación de la directiva, la posesión de capacidades físicas específicas es una característica relacionada con la edad. A tal efecto, el Tribunal de Justicia analizó las funciones de agente de la Policía Local que en determinados supuestos pueden requerir el empleo de la fuerza física. Sin embargo, es preciso saber si la legislación asturiana, al fijar tal límite de edad en 30 años, ha impuesto un requisito proporcionado, es decir, si este límite es apropiado para alcanzar el objetivo perseguido y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia comprobó que existía una disparidad manifiesta entre las normativas de las comunidades autónomas relativas a los agentes de la Policía Local en lo que atañe a la fijación de una edad máxima para acceder a esta profesión: algunas normas autonómicas la fijaban en 30 años de edad o más (35, 36 o 40 años) mientras que otras comunidades autónomas habían optado por no fijar límite alguno. También el Gobierno español confirmó que había suprimido el requisito relativo a la edad máxima de 30 años para

8 Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE n. 303, de 2 de diciembre de 2000, p. 16).

9 TJUE, sentencia de 13 de noviembre de 2014, Mario Vital Pérez / Ayuntamiento de Oviedo, C-416/13, EU:C:2014:2371 (discriminación por limitar a 30 años el acceso a Policía Local).

10 TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de noviembre de 2016, Salaberría Sorondo, C-258/15, EU:C:2016:873 (límite de 35 años para acceder a la Academia Vasca de Policía).

11 TJUE (Gran Sala), sentencia de 12 de enero de 2010, Wolf / Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, EU:C:2010:3 (edad máxima de 30 años para ingresar como funcionario en el cuerpo municipal de bomberos).

el acceso a la función de agente de la Policía Nacional. Y, por último, en la *sentencia Wolf* se había considerado proporcionada la edad máxima de 30 años; en el caso de los bomberos, se exigía una capacidad física «excepcionalmente elevada», mientras que las capacidades que deben tener los agentes locales para poder cumplir algunas de estas funciones no son siempre comparables. En consecuencia, al fijar dicho límite de edad en 30 años para acceder a agente de la Policía Local, a juicio del Tribunal de Justicia, la ley asturiana había impuesto un requisito desproporcionado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia examinó si la diferencia de trato por razón de la edad podía justificarse por un objetivo legítimo vinculado, concretamente, a las políticas de empleo, al mercado de trabajo y a la formación profesional. Sin embargo, a juicio del Tribunal de Justicia, la ley asturiana no se refiere a objetivo alguno, pero tampoco del contexto general de esta medida se deduce la legitimidad, idoneidad y necesidad de los medios empleados para lograr dicho objetivo. Por ejemplo, con el límite de edad no se pretende mantener una estructura de edades equilibrada promoviendo, por ejemplo, nuevos contratos. Pero si bien podría justificarse por los requisitos de formación del puesto o por la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación o al pase a la segunda actividad, no se ha justificado que para conseguir esto se requiera un límite de edad de contratación. Y, por lo que se refiere al objetivo de garantizar un período de actividad razonable previo a la jubilación, fijada a los 65 años, no puede considerarse que el límite de los 30 años sea necesario.

En consecuencia, la fijación del límite de 30 años para presentarse a las pruebas de acceso a agente de la Policía Local es contraria al principio de no discriminación por razón de la edad y no está justificada.

El Tribunal de Justicia en su formación de Gran Sala respondió, mediante la *sentencia Salaberría Sorondo*, un reenvío prejudicial sobre la conformidad del límite de 35 años establecido reglamentariamente para el acceso a las plazas de la policía autonómica vasca, la *Ertzaintza*, con la Directiva 2000/78/CE.

En este caso, sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que las funciones desempeñadas por los cuerpos de policía de las comunidades autónomas eran distintas de las encomendadas a la Policía Local, porque, por ejemplo, la *Ertzaintza* «tiene como misión esencial proteger a las personas y bienes, garantizar el libre ejercicio de sus derechos y libertades y velar por la seguridad ciudadana en todo el territorio de la Comunidad Autónoma» y, en definitiva, las funciones de los agentes de la escala básica de la *Ertzaintza* implican tareas exigentes desde un punto de vista físico.

Por tanto, y a juicio del Tribunal de Justicia, la diferencia de trato en función de la edad que resulta de la regulación reglamentaria vasca es, por un lado, adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo. Por consiguiente, esta regulación autonómica vasca que fija un límite de edad de 35 años para acceder a la policía autonómica no es contraria a la Directiva 2000/78/CE.

La aplicación de la Directiva 2000/78/CE, tanto a los empleados públicos como a los del sector privado, sigue siendo objeto de intensa interpretación por el Tribunal de Justicia, por lo que su efecto sostenido en el empleo público español está asegurado en el ámbito de la



discapacidad¹², de las creencias religiosas¹³, etc. Esta directiva no impide la plena vigencia del principio de no discriminación por razón del sexo. En este sentido, en la *sentencia Jiménez Melgar*, el Tribunal de Justicia, junto a los demás tribunales, sigue atento al respeto por los poderes públicos, en este caso un ayuntamiento, del principio de igualdad por razón del sexo y, en particular, consideró: «en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo» (apartado 47)¹⁴.

3 La aplicación de los derechos sociales europeos a los empleados públicos españoles

La legislación europea adoptada con el fin de imponer una dimensión social al mercado interior europeo ha terminado en gran medida beneficiando a todos los empleados públicos españoles.

En este sentido, e independientemente de la distinta naturaleza de las relaciones de los empleados públicos, se ha producido una aplicación a todos ellos, sean funcionarios, estatutarios o, desde luego, laborales, en dos ámbitos significativos: la ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos españoles y el derecho a las vacaciones.

La ordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos se ha visto afectada por la regulación europea y por la interpretación del Tribunal de Justicia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre el régimen aplicable a los guardias civiles y al personal estatutario de salud.

En la *sentencia SIMAP*, el Tribunal de Justicia interpreta las Directivas 89/391/CEE y 93/104/CE en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo de los equipos médicos de atención primaria de la Comunidad Valenciana¹⁵.

El Tribunal de Justicia recuerda que estas directivas se aplican a todos los sectores de actividades, públicas o privadas, con algunas excepciones para determinadas actividades específicas de la función pública, por ejemplo, en las Fuerzas Armadas o en la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil. Por tanto, llega a la conclusión de que también se aplican a una actividad como a la de los médicos de equipos de atención primaria. De las directivas deduce el Tribunal de Justicia normas específicas aplicables a las guardias de presencia física, el trabajo nocturno, el trabajo a turnos o el cómputo de la jornada semanal.

12 TJUE, sentencia de 1 de diciembre de 2016, Daouidi, C-395/15, EU:C:2016:917 (discapacidad y accidente laboral).

13 Véase, *mutatis mutandis*, TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, G4S Secure Solutions NV, C-157/15, EU:C:2017:203 (normativa empresarial y trabajadora con pañuelo islámico); y TJUE (Gran Sala), sentencia de 14 de marzo de 2017, Asma Bougnaoui, C-188/15, EU:C:2017:204 (requerimiento empresarial a trabajadora con pañuelo islámico).

14 TJCE, sentencia de 4 de octubre de 2001, María Luisa Jiménez Melgar / Ayuntamiento de Los Barrios, C-438/99, EU:C:2001:509 (no renovación de un contrato laboral temporal a tiempo parcial de trabajadora embarazada).

15 TJCE, sentencia de 3 de octubre de 2000, Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) / Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C-303/98, EU:C:2000:528 (horario y jornada de trabajo de los médicos estatutarios valencianos).

En virtud del *auto CIG*, se aplica la *jurisprudencia SIMAP* tanto al personal médico como al de enfermería de la sanidad pública gallega¹⁶.

Por último, en 2006 el Tribunal de Justicia consideró que la exclusión del personal no civil de la Administración española de la aplicación de la Directiva 89/391, que establece los principios generales en materia de seguridad y de salud de los trabajadores, era contraria al derecho comunitario europeo¹⁷. En este caso, el Tribunal de Justicia señaló que solo caben excepciones a la directiva por la naturaleza específica de ciertos cometidos especiales desempeñados por los trabajadores dentro de dichos sectores y no por la pertenencia de los trabajadores a los distintos sectores, esto es, las Fuerzas Armadas, la policía y el servicio de protección civil, de modo que solo en situaciones excepcionales dejaría de aplicarse la Directiva 89/391, aunque esta exige a las autoridades nacionales que también en esos casos velen para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas «en la medida de lo posible».

Asimismo, en 2010 el Tribunal de Justicia consideró que España incumplía la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo en relación con los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil¹⁸.

En otros ámbitos, como es el caso de las vacaciones, la copiosa jurisprudencia europea al respecto en el ámbito privado también se aplica en el ámbito público y, en particular, a los empleados públicos españoles.

Así lo dijo el Tribunal de Justicia en la *sentencia Neidel* respecto de un funcionario, en este caso, bombero de la ciudad de Fráncfort del Meno que se había jubilado sin haber disfrutado de vacaciones en los tres últimos años debido a una enfermedad¹⁹. Sobre el particular, el Tribunal de Justicia subrayó: «el derecho a vacaciones anuales retribuidas no solo tiene una importancia especial, por su condición de principio del derecho social de la Unión, sino que también está expresamente reconocido en el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, a la que el artículo 6 TUE, apartado 1, reconoce el mismo valor jurídico que a los tratados» (apartado 40), por lo que la regulación alemana resulta limitada por el derecho reconocido por el derecho de la Unión.

En suma, la interpretación uniforme de las directivas europeas está provocando una creciente laboralización de los derechos de todos los empleados públicos españoles. O, por decirlo de manera más neutra, se está produciendo una clara convergencia entre los estatutos de los distintos empleados públicos como consecuencia de la aplicación del derecho de la Unión Europea.

16 TJCE, auto de 3 de julio de 2001, CIG, C-241/99, EU:C:2001:371 (atención continuada de los médicos y enfermeros estatutarios gallegos).

17 TJCE, sentencia de 12 de enero de 2006, Comisión / España (incumplimiento de la Directiva marco de seguridad y de salud de los trabajadores a la policía y Fuerzas Armadas), C-132/04, EU:C:2006:18.

18 TJUE, sentencia de 20 de mayo de 2010, Comisión / España (aplicación de la Directiva sobre ordenación del tiempo de trabajo a las Fuerzas Armadas y a la Guardia Civil), C-158/09, EU:C:2010:292.

19 TJUE, sentencia de 3 de mayo de 2012, Georg Neidel / Stadt Frankfurt am Main, C-337/10, EU:C:2012:263 (compensación en caso de enfermedad de funcionario bombero por vacaciones no disfrutadas).

4 La protección europea de los empleados públicos temporales en España

La protección de los empleados públicos temporales, a través de la Directiva 1999/70/CE, que aplica el Acuerdo marco sobre el trabajo con contrato de duración determinada, ha tenido unos efectos extraordinarios en las regulaciones nacionales²⁰.

En un estudio más general, he intentado recopilar y explicar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre esta Directiva en la Unión Europea que se ha expresado hasta 2017 mediante 38 sentencias y autos interpretativos que afectan de manera especial a países como España (16), Italia (11) y Grecia (4)²¹.

Por eso ahora me centro en los efectos específicos en el derecho español y, en particular, cuál ha sido la recepción por los jueces españoles de estos criterios que, sin lugar a dudas, están produciendo efectos de extraordinario alcance en el empleo público español hasta el punto de cuestionar en cierta medida, como ya lo hiciera en Italia y en Grecia, un principio como el de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

En primer lugar, la Directiva 1999/70/CE tiene una finalidad clara consistente, por una parte, en equiparar a los empleados temporales con los fijos en la medida de lo posible y siempre que no esté justificada la distinción y, por otra, pretende luchar contra el abuso en la utilización de los contratos temporales. Esta distinción es muy importante porque las soluciones en uno y otro caso, desde el punto de vista judicial, son distintas. En efecto, cuando se aprecia una discriminación del trabajador temporal, la solución es aplicarle la normativa del trabajador fijo en una situación comparable. En cambio, cuando existe un abuso en la contratación, la solución puede que no venga bien establecida por el legislador y finalmente sea el juez nacional el que deba encontrarla siempre y cuando sea efectiva y disuasoria en relación con la finalidad de la directiva.

En segundo lugar, la Directiva 1999/70/CE se aplica a todos los empleados públicos. Así se deduce con claridad de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como recuerda la *sentencia Márquez Samohano*: «el concepto de “trabajador con contrato de duración determinada” [...] engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan» (apartado 38)²².

Ahora bien, es preciso insistir en que esta aplicación a todos los empleados públicos no implica una equiparación de todos los empleados públicos, sino que la comparación debe hacerse entre situaciones equivalentes (por ejemplo, entre funcionarios, por una parte, y laborales, por otra). Cabría, incluso, admitir una asimilación entre funcionarios y personal estatutario, pero no parece que en España todos los empleados públicos tengan en realidad un régimen homogéneo comparable, como se deduce del EBEP y del reparto del control entre la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa.

20 Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (DOUE n. 175, de 10 de julio de 1999, p. 43).

21 ORDÓÑEZ SOLÍS, D., “El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017, pp. 227-253.

22 TJUE, sentencia de 13 de marzo de 2014, Márquez Samohano / Universidad Pompeu Fabra, C-190/13, EU:C:2014:146 (terminación de un contrato laboral de profesor asociado a tiempo parcial).

4.1 La equiparación de los derechos de los empleados públicos fijos y temporales (cláusula 4.1 del acuerdo)

En aplicación de la directiva y de la jurisprudencia europea, se está consiguiendo una igualdad de los derechos de los empleados fijos y los empleados temporales también en el sector público.

Estos efectos derivan de la cláusula 4.1 del acuerdo, conforme a la cual: «Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas».

Los cambios derivados de la aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo han sido espectaculares en el derecho español en la medida en que se han visto afectados el reconocimiento de complementos retributivos de los empleados públicos fijos y temporales (trienios, sexenios y carrera profesional), la consideración de méritos obtenidos como empleados temporales a los efectos de la promoción profesional, la conversión de jornadas a tiempo completo en jornadas a tiempo parcial, la indemnización por cese y, es muy probable, otros ámbitos tan alejados de la naturaleza de las relaciones temporales como la excedencia.

En el derecho español y frente al sistema tradicional imperante legalmente hasta 2007, todos los empleados públicos temporales han conseguido el reconocimiento de los trienios devengados. Así ha ocurrido a raíz de la *sentencia Del Cerro Alonso*²³, la *sentencia Gavieiro Gavieiro*²⁴, el *auto Montoya Medina*²⁵ y la *sentencia Regojo Dans*²⁶.

En la *sentencia Del Cerro Alonso* se resolvía la reclamación, formulada ante el Juzgado de lo Social de San Sebastián, de una auxiliar administrativa que había devenido fija de plantilla y que solicitaba el reconocimiento, a los efectos de trienios, de los doce años de servicios prestados como personal estatutario temporal en diversos hospitales del Servicio Vasco de Salud.

En la *sentencia Gavieiro Gavieiro*, el Tribunal de Justicia permitió reconocer el derecho de dos funcionarias de la educación no universitaria gallega a percibir los trienios devengados como interinas durante más de nueve años.

A raíz del *auto Montoya Medina* del Tribunal de Justicia, se estableció la misma equiparación entre profesores contratados doctores y profesores ayudantes doctores, con una vinculación laboral con la Universidad de Alicante.

En fin, la *sentencia Regojo Dans* tiene la particularidad de reconocer el derecho a los trienios en el caso de personal eventual, es decir, de designación política o de confianza pero que

23 TJCE, sentencia de 13 de septiembre de 2007, Del Cerro Alonso, C-307/05, EU:C:2007:509 (trienios del personal estatutario de salud en el País Vasco).

24 TJUE, sentencia de 22 de diciembre de 2010, Rosa María Gavieiro Gavieiro y Ana María Iglesias Torres / Consellería de Educación e Ordenación Universitaria de la Xunta de Galicia, C-444/09 y C-456/09, EU:C:2010:819 (reconocimiento de trienios del personal docente interino no universitario).

25 TJUE, auto, de 18 de marzo de 2011, David Montoya Medina / Fondo de Garantía Salarial y Universidad de Alicante, C-273/10, EU:C:2011:167 (trienios de docente universitario interino).

26 TJUE, sentencia de 9 de julio de 2015, María José Regojo Dans / Consejo de Estado, C-177/14, EU:C:2015:450 (trienios del personal eventual o de confianza política de las administraciones españolas).

en este caso llevaba más de 31 años en órganos constitucionales realizando funciones administrativas. El propio Tribunal de Justicia descubre que, cuando los funcionarios de carrera son nombrados personal eventual, perciben los trienios que se niegan a este personal. Por tanto, el Tribunal de Justicia termina reconociendo también al personal eventual los trienios en aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo.

No obstante, el Tribunal Supremo, al resolver el *asunto Regojo Dans*, trata de limitarlo únicamente al personal eventual que desempeña labores de oficina de colaboración que son propias de la categoría de auxiliar administrativo, pero esto «no significa que cualquier puesto desempeñado por personal eventual se halle necesariamente en una situación comparable a la de los funcionarios de carrera»²⁷.

Prácticamente en los mismos términos, el Tribunal de Justicia ha reconocido el derecho de los funcionarios docentes no universitarios a la percepción de los denominados sexenios. Así, el *auto Lorenzo Martínez* consideró que era contraria a la cláusula 4.1 del acuerdo la normativa española que reservaba, sin ninguna justificación por razones objetivas, el derecho a percibir el complemento retributivo por formación permanente únicamente a los profesores funcionarios de carrera, excluyendo a los profesores funcionarios interinos, cuando, en relación con la percepción de dicho complemento, ambas categorías de trabajadores se hallan en situaciones comparables²⁸.

También la carrera profesional, complemento retributivo que se estableció únicamente en favor de los empleados públicos fijos, ha tenido que ser ampliada a los empleados públicos temporales por aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En el *auto Álvarez Santirso*, el Tribunal de Justicia consideró que era contraria a la directiva la reserva a los funcionarios de carrera de la participación en el plan de evaluación de la función docente y del incentivo correspondiente, excluyendo a los funcionarios interinos²⁹.

La conversión de jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial es discriminatoria cuando esta medida afecta únicamente a empleados públicos temporales. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia en el *auto Rodrigo Sanz*, en respuesta a un reenvío prejudicial relativo a la decisión de la Universidad Politécnica de Madrid de transformar la jornada a tiempo completo en jornada a tiempo parcial de determinados profesores interinos. En este caso la ley de presupuestos de la Comunidad de Madrid para 2012 había permitido reducir la jornada de algunos profesores interinos a tiempo completo que no fuesen doctores, lo que supuso la reducción de la jornada y el sueldo de un profesor interino que llevaba más de 30 años como docente. Sin embargo, el Tribunal de Justicia consideró que esta discriminación era contraria a la cláusula 4.1 del acuerdo, sin que pueda justificarse por razones presupuestarias ni de autoorganización. Por si quedase alguna duda, el Tribunal de Justicia subrayó que la cláusula 4.1 del acuerdo marco era incondicional y suficientemente precisa para ser invocada por los particulares ante un juez y frente a las autoridades públicas.

27 Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª), sentencia de 21 de enero de 2016, recurso n. 526/2012, ES:TS:2016:180, ponente: Maurandi Guillén (antigüedad del personal eventual en el *asunto Regojo Dans*).

28 TJUE, auto de 9 de febrero de 2012, María Jesús Lorenzo Martínez / Junta de Castilla y León, C-556/11, EU:C:2012:67 (complemento retributivo por formación o sexenios de docentes interinos no universitarios).

29 TJUE, auto de 21 de septiembre de 2016, Carlos Álvarez Santirso / Consejería de Educación, Cultura y Deporte del Principado de Asturias, C-631/15, EU:C:2016:725 (carrera profesional de los profesores interinos no universitarios).

Tampoco es admisible discriminar, a la hora de determinar el valor de la experiencia profesional, a los empleados públicos fijos en detrimento de los temporales.

En la *sentencia Rosado Santana*, el Tribunal de Justicia considera que, a los efectos de la promoción interna de los funcionarios, es contrario al artículo 4.1 del acuerdo que los períodos de servicio cumplidos por un funcionario interino de una Administración pública que ya ha adquirido la condición de funcionario de carrera no sean tenidos en cuenta para el acceso a una promoción interna. El propio Tribunal de Justicia llega a subrayar: «el mero hecho de que el funcionario interino haya cumplido dichos períodos de servicio sobre la base de un contrato o de una relación de servicio de duración determinada no constituye tal razón objetiva» (apartado 85).

No obstante, en la misma sentencia el Tribunal de Justicia había advertido de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales para aplicar la directiva que les permite «establecer requisitos de antigüedad para acceder a determinados puestos, restringir el acceso a la promoción interna a los funcionarios de carrera y exigirles que demuestren tener una experiencia profesional correspondiente al grupo inmediatamente inferior al que es objeto del proceso selectivo» (apartado 75).

La indemnización por cese de los empleados públicos no puede aplicarse discriminatoriamente. Esta es la interpretación que hace el Tribunal de Justicia en la *sentencia De Diego Porras*³⁰. En este caso se trataba de una interina laboral del Ministerio de Defensa que terminó el contrato como consecuencia de la incorporación de la trabajadora a la que había sustituido mientras cumplía funciones sindicales.

La cuestión más espinosa que tuvo que resolver el Tribunal de Justicia se refería a la comparación de la trabajadora interina, sin derecho a indemnización, con una trabajadora fija que hubiese tenido derecho a indemnización por cese. El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que no quedaba justificada la discriminación que se establece en el derecho español y, además, el propio derecho español prevé la concesión de una indemnización por finalización del contrato a otras categorías de trabajadores con contrato de duración determinada.

La excedencia también es un ámbito abonado para la discriminación entre funcionarios de carrera e interinos, tal como ha expuesto al Tribunal de Justicia la abogada general Sharpston en el *asunto Vega González*, en el que le reconoce el derecho a no ser discriminada en el ejercicio de los derechos derivados de la excedencia, en este caso el pase a la situación de servicios especiales mientras el interino ejerce un cargo público representativo, aplicados a los funcionarios de carrera³¹. Como señala la abogada general, «la Sra. Vega González no solicitó una garantía absoluta de reincorporación al final de su mandato en la Junta General del Principado de Asturias, sino que solicitó el derecho a reincorporarse si, en aquel momento, el puesto que ocupaba a) no hubiera sido amortizado y b) no estuviera ocupado por un funcionario de carrera» (punto 42).

30 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Ana de Diego Porras / Ministerio de Defensa, C-596/14, EU:C:2016:683 (contrato de duración determinada e indemnización por cese de interina laboral).

31 TJUE, Conclusiones de la abogada general Eleanor Sharpston, de 7 de septiembre de 2017, Margarita Isabel Vega González / Consejería de Hacienda y Sector Público del Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:647 (excedencia especial con reserva de puesto de funcionaria interina).

El Tribunal de Justicia ha terminado aceptando esta interpretación en la *sentencia Vega González*, conforme a la cual al funcionario interino «se le garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera» (apartado 50)³².

4.2 Las medidas contra el abuso en la contratación temporal en el empleo público (cláusula 5.1 del acuerdo)

La cláusula 5.1 del acuerdo tiene otra finalidad y plantea problemas de diferente índole. Con esta previsión, la directiva trata de luchar contra el encadenamiento abusivo de contratos temporales, lo cual en el caso del empleo público afecta seriamente al principio constitucional de igualdad, mérito y capacidad, dada la generalización de este tipo de contratos o nombramientos en el ámbito laboral, estatutario o funcionarial.

El problema más importante que encuentra la aplicación de esta cláusula 5.1 del acuerdo es que no haya sido incorporada por el legislador al derecho nacional. En efecto, y a diferencia de la cláusula 4.1, la cláusula 5.1 no tiene efecto directo, sino que enuncia una obligación de los Estados miembros de introducir, para prevenir los abusos por la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada y de acuerdo con las necesidades de los distintos sectores y categorías de los trabajadores, una o varias medidas legales. El acuerdo se refiere concretamente a tres: medidas protectoras vinculadas a razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos; fijación de una duración máxima total de los sucesivos contratos; y limitación del número de renovaciones.

La directiva intentó incorporarse al derecho español a través de una ley de 2001, referida únicamente a los empleados públicos laborales³³. Pero formalmente no se ha intentado, salvo fragmentariamente en materia de trienios y ejecución de programas de carácter temporal, tal como se recoge en el EBEP, o en relación con el personal estatutario temporal del estatuto marco³⁴, la transposición de la directiva en relación con los funcionarios ni con el personal estatutario de salud³⁵. En todo caso, la jurisprudencia europea ha revelado reiteradamente que la transposición en España o no existe o es errónea. Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia europea, los remedios contra el abuso en el empleo público temporal irán desde la indemnización hasta la transformación en indefinido no fijo de la relación del empleado

32 TJUE, sentencia de 20 de diciembre de 2017, Margarita Vega González / Principado de Asturias, C-158/16, EU:C:2017:1014 (Directiva 1999/70 y servicios especiales o excedencia de funcionaria interina).

33 Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE n. 164, de 10 de julio de 2001).

34 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (BOE n. 301, de 17 de diciembre de 2003).

35 ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2015, p. 10, disponible en http://cemical.diba.cat/es/publicaciones/ficheros/CEMICAL_aplicacion_principio_no_discriminacion_personal_temporal.pdf (última consulta 16/09/2017).

con la Administración. Así lo ha explicado el Tribunal de Justicia en el *auto León Medialdea*³⁶ y en las *sentencias Márquez Samohano, Pérez López*³⁷ y *Martínez Andrés*³⁸.

El *auto León Medialdea* se refiere al abuso de la contratación laboral temporal por un Ayuntamiento granadino que este resuelve con la amortización del puesto de trabajo y la finalización de la relación laboral sin indemnización alguna. Sin embargo, y a juicio del Tribunal de Justicia, la directiva no impone una obligación general de transformar los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido. Ahora bien, es contraria a la Directiva 1999/70 una amortización de la plaza sin abonarle indemnización. En este caso la opción para el Tribunal de Justicia es clara frente al uso abusivo de la contratación laboral temporal del Ayuntamiento: la indemnización de la trabajadora como consecuencia de la amortización de su puesto de trabajo.

La *sentencia Márquez Samohano* se refería a la no renovación de un contrato laboral de un profesor asociado universitario. En este caso, el Tribunal de Justicia responde que la renovación sucesiva de estos contratos de trabajo puede estar justificada por una razón objetiva, si el profesor asociado es un profesional de prestigio que desarrolla su labor fuera de la universidad; sin embargo, la renovación de contratos de asociado para atender a necesidades que en realidad no tienen carácter temporal, sino muy al contrario permanente y duradero, no está justificada por el derecho de la Unión.

En la *sentencia Pérez López*, el Tribunal de Justicia aborda el abuso del encadenamiento abusivo de nombramientos de personal estatutario, una enfermera del Servicio Madrileño de Salud a la que le renovaron en numerosas ocasiones su nombramiento.

Recordando la jurisprudencia previa, el Tribunal de Justicia señala: «cuando se ha producido una utilización abusiva de contratos de trabajo de duración determinada sucesivos, es indispensable poder aplicar alguna medida que ofrezca garantías de protección de los trabajadores efectivas, con objeto de sancionar debidamente dicho abuso y eliminar las consecuencias de la infracción del derecho de la Unión» (apartado 33).

No obstante, el Tribunal de Justicia también precisa que es posible y está justificado el recurso al empleo temporal porque: «en una Administración que dispone de numeroso personal, como el sector de la sanidad pública, es inevitable que con frecuencia sean necesarias sustituciones temporales a causa, en particular, de la indisponibilidad de miembros del personal en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o de permiso parental u otras» (apartado 45). En cambio, el Tribunal de Justicia no admite que «nombramientos de duración determinada puedan renovarse para desempeñar de modo permanente y estable funciones de los servicios de salud incluidas en la actividad normal del personal estatutario fijo» (apartado 47).

36 TJUE, auto de 11 de diciembre de 2014, Marta León Medialdea / Ayuntamiento de Huétor Vega, C-86/14, EU:C:2014:2447 (remedios contra los abusos del encadenamiento de contratos de duración determinada).

37 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, María Elena Pérez López / Servicio Madrileño de Salud, C-16/15, EU:C:2016:679 (contratos de duración determinada y nombramientos sucesivos de personal estatutario temporal).

38 TJUE, sentencia de 14 de septiembre de 2016, Florentina Martínez Andrés / Servicio Vasco de Salud, y Juan Carlos Castrejana López / Ayuntamiento de Vitoria, C-184/15 y C-197/15, EU:C:2016:680 (contratos de duración determinada de personal estatutario temporal y de funcionario interino).

Una vez comprobado el uso abusivo del nombramiento de personal estatutario, el Tribunal de Justicia busca los remedios equivalentes y efectivos, llegando a la conclusión de que «la creación de un puesto fijo y la conversión de un contrato de duración determinada en una relación laboral por tiempo indefinido [pueden] ser un recurso eficaz contra la utilización abusiva de los contratos temporales» (apartado 53).

Sin embargo, el Tribunal de Justicia vuelve a inadmitir en esta *sentencia Pérez López*, como lo había hecho en el ya comentado *auto Rivas Montes*, la pregunta sobre la comparación entre personal laboral y personal funcionario o estatutario, dado que la comparación entre fijos y temporales procede únicamente dentro de cada categoría de empleado público.

En fin, la *sentencia Martínez Andrés* se refiere al abuso en los nombramientos temporales del personal estatutario temporal del Servicio Vasco de Salud y de un funcionario interino del Ayuntamiento de Vitoria.

En primer lugar, la solución frente al abuso, dice el Tribunal de Justicia, debe pasar por medidas proporcionadas, efectivas y disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del acuerdo (apartado 36).

En segundo lugar, a juicio del Tribunal de Justicia, es posible que la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada corra suertes diferentes en un Estado miembro según estos contratos hayan sido celebrados con un empleador del sector privado o del sector público (apartado 40).

En tercer lugar, el Tribunal de Justicia señala que siempre tiene que haber una medida efectiva y disuasoria, de modo que, si «no existe ninguna medida equivalente y eficaz de protección respecto del personal que presta servicios en las administraciones públicas en régimen de derecho administrativo, la asimilación de dicho personal con relaciones de servicio de duración determinada a los trabajadores indefinidos no fijos, con arreglo a la jurisprudencia nacional existente, podría ser una medida apta para sancionar la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada y eliminar las consecuencias de la infracción de lo dispuesto en el acuerdo marco» (apartado 53).

4.3 Los efectos europeos de la Directiva 1999/70 en la jurisprudencia laboral y contencioso-administrativa de los tribunales españoles

La jurisprudencia española ha empezado a deducir todas las consecuencias tanto en el caso de equiparación entre empleados públicos fijos y temporales como en los supuestos de abuso de la contratación temporal de empleados públicos. No obstante, en ocasiones relacionadas precisamente con la aplicación de la Directiva 1999/70, la jurisprudencia europea ha encontrado algunas resistencias para su aplicación por los jueces españoles. Sin embargo, estas resistencias han sido combatidas y superadas mediante la adopción de leyes³⁹ o con la ayuda del mismo Tribunal Constitucional español⁴⁰.

39 Ley andaluza 2/2016, de 11 de mayo, por la que se modifica la Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía (BOE n. 129, de 28 de mayo de 2016).

40 TC (Pleno), sentencia n. 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, ES:TC:2015:232, ponente: Enríquez Sancho (amparo por no aplicación de la *jurisprudencia Lorenzo Martínez* en materia de sexenios de funcionarios docentes). Previamente y en una situación similar, la actitud había

Ahora bien, las respuestas de la jurisdicción laboral y de la jurisdicción contencioso-administrativa no son uniformes y tienen preocupaciones muy distintas.

En el ámbito de la jurisdicción social se ha abierto un importante debate sobre el alcance de la igualación de la indemnización aplicada, como parece deducirse de la jurisprudencia europea, a todo tipo de contratos temporales⁴¹. Sin embargo, en el caso de abuso de contrataciones temporales, la jurisdicción laboral no parece tener mayores problemas al recurrir a la figura del indefinido no fijo, creado jurisprudencialmente y consagrado legalmente en el artículo 8 EBEP.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa la cuestión de la indemnización por cese no parece tener mayores problemas en la medida en que no hay previsión alguna de indemnización por cese de funcionario de carrera o estatutario fijo. Sin embargo, constituye un verdadero desafío para los jueces de lo contencioso-administrativo introducir en el régimen español de la función pública y, en menor medida, en el ámbito del personal estatutario la figura del funcionario (o personal estatutario) indefinido no fijo⁴².

4.3.1 La aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo: ¿la equiparación de indemnizaciones por cese a todos los empleados públicos temporales?

El alcance de la cláusula 4.1 del acuerdo sigue planteando interrogantes entre los jueces españoles que han vuelto a preguntar al Tribunal de Justicia en varios supuestos, especialmente en lo que se refiere al alcance de la equiparación entre fijos y laborales a los efectos de reconocer la indemnización por cese o despido.

En efecto, el alcance de la indemnización por cese del personal temporal supone la gran preocupación de los tribunales españoles que tratan de buscar una clarificación de la *sentencia De Diego Porras*, tanto en el empleo privado como en el empleo público.

En el ámbito de la jurisdicción social, la equiparación entre los temporales y los fijos laborales sigue planteando problemas interpretativos, como demuestra el *asunto De Diego Porras*.

La demanda había sido desestimada por el Juzgado de lo Social, pero en suplicación el Tribunal Superior madrileño planteó la cuestión prejudicial y, apoyándose en la Directiva 1999/70 y a la vista de la interpretación del Tribunal de Justicia, concluyó que no se podía discriminar a la trabajadora «en cuanto a la indemnización por la extinción de la relación laboral, como consecuencia del tipo de contrato suscrito y, por consiguiente, tiene derecho a igual indemnización que la que correspondería a un trabajador fijo comparable de extinguirse su contrato por otra causa objetiva, siendo en este caso evidente la igualdad en los términos de comparación respecto de la trabajadora a la que ha venido sustituyendo»⁴³. En consecuencia, el tribunal madrileño declaró extinguido el contrato entre Ana de Diego

sido totalmente pasiva: TC (Pleno), sentencia n. 212/2014, de 18 de diciembre de 2014, ponente: González-Trevijano Sánchez (aplicación de la *jurisprudencia Rosado Santana* del Tribunal de Justicia y cuestión prejudicial).

41 GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

42 CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017, pp. 8-29.

43 TSJ Madrid (Sala Social, Sección 3.ª), sentencia de 5 de octubre de 2016, recurso n. 246/2014, ES:TSJM:2016:8982, ponente: García Alarcón (*asunto Ana de Diego Porras*, indemnización por terminación de contrato de interinaje laboral en el sector público).

Porras y el Ministerio de Defensa, pero condenó al Ministerio a abonar una indemnización de 6.141,85 euros correspondientes a 20 días por mes en relación con los más de siete años vinculada interinamente a la Administración. No obstante, en casación ante el Tribunal Supremo, la Sala de lo Social acaba de plantear en vía prejudicial, en virtud del auto de 25 de octubre de 2017, una nueva cuestión⁴⁴.

La reacción de los expertos y de la jurisdicción social ha tratado de limitar una generalización de la indemnización por el cese de los trabajadores temporales.

Por una parte, en 2017, dentro del Grupo de Expertos del Ministerio de Trabajo, se subrayó «la confusión conceptual en la que incurre la sentencia de referencia al equiparar las que denomina “razones objetivas” de finalización de los contratos de duración determinada (configuradas en la cláusula 3 del Acuerdo Marco anexo a la Directiva 1999/70/CE como causas de extinción que se producen por razones ajenas a la voluntad de las partes) con la extinción por voluntad del empresario basada en la causa objetiva prevista en el artículo 52. c) ET; una distinción esta que conocen todos los ordenamientos de los Estados miembros, que es compatible con el Acuerdo Marco y que también se acoge, acertadamente, en otras decisiones del tribunal europeo (recientemente, en la sentencia de 13 de mayo de 2015, caso *Rabal Cañas*)»⁴⁵. El propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea llegó a reconocer, inusitadamente, ante la prensa española en Luxemburgo que podrían no haber entendido la cuestión prejudicial, pudiendo subsanarse dicha incompreensión mediante futuros reenvíos⁴⁶.

Por otra parte, antes que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, otros tribunales de lo social habían reaccionado planteando nuevas cuestiones prejudiciales.

Así, lo hizo ya en 2016 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Galicia, cuando preguntó en el *asunto Grupo Norte Facility* si era comparable la extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores bien por “circunstancias objetivas” (art. 49.1.c) bien por “causas objetivas” (art. 52)⁴⁷. Con ello, el tribunal gallego pretende saber si se aplica la cláusula 4.1 del acuerdo a una indemnización por la extinción laboral de un contrato de relevo que es por naturaleza de duración determinada, cuestión prejudicial que reitera en 2017 en el *asunto Rodríguez Otero* respecto del empleo público⁴⁸.

El Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid también ha accedido al Tribunal de Justicia, en el *asunto Montero Mateos*, para saber si es conforme con la directiva la no indemnización por la extinción de un contrato temporal de interinidad para cobertura de vacante por vencimiento del término que dio lugar a su suscripción entre un organismo público y la trabajadora,

44 TS (Sala Social), auto de 25 de octubre de 2017, recurso 3970/2016, ponente: Arastey Sahún (cuestión prejudicial sobre el alcance de la jurisprudencia *De Diego Porras*); ante el Tribunal de Justicia se ha registrado como asunto C-619/17.

45 Conclusiones provisionales del Grupo de Expertos sobre la STJUE 14.9.2016, caso *De Diego Porras*, de 19 de febrero de 2017, nombrado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

46 A esta situación ha contribuido que el propio presidente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconociese el 17 de febrero de 2017 en Madrid que sería muy probable una reconsideración de la jurisprudencia *De Diego Porras*; véase, *El presidente del TJUE señala que la cuestión sobre la indemnización de los interinos “no ha terminado”*, Europa Press, Madrid, 17/02/2017, disponible en <http://www.europa-press.es/economia/legal-00345/noticia-presidente-tjue-senala-cuestion-indemnizacion-interinos-no-terminado-20170217144257.html> (último acceso 24/09/2017).

47 TJUE, reenvío prejudicial *Grupo Norte Facility S.A.* / Ángel Manuel Moreira Gómez, C-574/16.

48 TJUE, reenvío prejudicial *Simón Rodríguez Otero* / Televisión de Galicia, S.A., C-212/17.

mientras que en el caso de un trabajador fijo comparable que ha sido despedido por una causa objetiva se prevé una indemnización de 20 días por año⁴⁹.

De hecho, la abogada General J. Kokott ya se ha pronunciado sobre dos de estos asuntos y ha señalado con toda claridad la necesidad de replantear la cuestión: «El presente asunto da al Tribunal de Justicia la oportunidad de profundizar especialmente en este aspecto –al que, a mi juicio, no se prestó suficiente atención en la sentencia De Diego Porras– y de reconsiderar su jurisprudencia a este respecto»⁵⁰.

También el Juzgado de lo Social de Terrassa ha remitido en el *asunto Vernaza Ayovi* varias cuestiones al Tribunal de Justicia sobre la diferente respuesta legal del derecho español ante un despido disciplinario considerado improcedente: tratándose de un trabajador fijo al servicio de las administraciones públicas, debe readmitirse, pero si es indefinido o temporal, realizando las mismas funciones que uno fijo, otorga la posibilidad de no readmitirlo a cambio de una indemnización. La pregunta se refiere tanto al artículo 4.1 del acuerdo como al artículo 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵¹.

En fin, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el *asunto De Diego Porras II*, le pide al Tribunal de Justicia que aclare «si, a la luz de la directiva, sería exigible que, en todo caso, la extinción de un contrato temporal por cumplimiento de su finalidad debe llevar aparejado el derecho a una indemnización y, en tal caso, si dicha indemnización debe establecerse de forma análoga a la que el mismo ordenamiento establece para las demás causas de extinción de los contratos de trabajo».

Por tanto, parece que los tribunales de lo social en España se han puesto de acuerdo en que el Tribunal de Justicia clarifique el alcance de la *jurisprudencia De Diego Porras*. De este modo, parece que se podrá imponer un poco de orden en lo que se refiere a la aplicación de la cláusula 4.1 del acuerdo y el régimen aplicable de equiparación de indemnizaciones, aunque no puede dejar de subrayarse que el Tribunal de Justicia ha dictado ya casi 40 sentencias referidas a la Directiva 1999/70 y a su interpretación.

En cambio, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de comparación de una pretendida indemnización por cese de funcionarios de carrera o estatutario fijo parece descartar la necesidad de indemnizar el cese de funcionarios interinos o estatutarios temporales⁵². Sin embargo, algunos juzgados han empezado a aplicar la misma doctrina que en el ámbito social sin tener en cuenta, a mi juicio, el requisito de la comparabilidad⁵³. En todo caso, la presión

49 TJUE, reenvío prejudicial Montero Mateos / Agencia Madrileña de Atención Social de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad Autónoma de Madrid, C-677/16.

50 Conclusiones de la Abogada General J. Kokott, de 20 de diciembre de 2017, C-574/16, Grupo Norte Facility, EU:C:2017:1022; y C-677/16, Montero Mateos, EU:C:2017:1021, apartados 53 y 48, respectivamente.

51 TJUE, reenvío prejudicial, Gardenia Vernaza Ayovi / Consorci Sanitari de Terrassa, C-96/17.

52 Véase, por ejemplo, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 13 de Barcelona, de 8 de junio de 2017, recurso n. 419/2016, ES:JCA:2017:1028, ponente: Alcover Povo (cese de personal estatutario interino). En esta sentencia se razona convincentemente: «la diferencia de trato en la que el actor fundamenta su petición no se establecería entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contrato indefinido, sino entre personal estatutario y personal laboral, lo que determina que no sean aplicables al presente caso ni la directiva citada, ni la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea citada por el actor».

53 Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 2 de A Coruña, sentencia de 30 de junio de 2017, recurso n. 78/2017, ES:JCA:2017:488, ponente: García Llovet (indemnización de 20 días por año como funcionario interino).

de los funcionarios y del personal estatutario pretenderá y probablemente consiga aplicar las mismas ventajas sociales previstas en el ámbito estrictamente de las relaciones laborales⁵⁴.

De manera complementaria, los jueces españoles siguen abriendo nuevos caminos en la aplicación de la Directiva 1999/70 en lo que se refiere al ámbito educativo en todos los niveles.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha le pregunta al Tribunal de Justicia sobre el régimen temporal de los funcionarios docentes no universitarios durante las vacaciones escolares, en junio y agosto, y que son contratados nuevamente en septiembre, en el *asunto Viejobueno Ibáñez*⁵⁵.

En el ámbito del complemento de carrera profesional de funcionario universitario, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Zaragoza le pregunta al Tribunal de Justicia, en el *asunto Centeno Meléndez*, si el artículo 4.1 del convenio es aplicable al complemento retributivo de carrera horizontal⁵⁶.

4.3.2 La aplicación de la cláusula 5.1 del acuerdo en España: ¿la generalización del empleo público indefinido no fijo?

En caso de abuso en la contratación temporal, se plantean problemas muy distintos en la jurisdicción social y en la contencioso-administrativa, en la medida en que una ya cuenta con una figura, como es la del trabajador indefinido no fijo, que resulta difícil de aplicar al personal estatutario y, de manera especial, a los funcionarios.

En efecto, la solución de la jurisdicción social cuando hay abuso parece clara: la conversión del empleado público en trabajador indefinido no fijo. No obstante, los jueces de lo social han tenido algunos problemas para aplicar correctamente la *jurisprudencia Márquez Samohano* a la hora de determinar la existencia o no del abuso en la contratación laboral de un profesor asociado.

Así, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha tenido que revocar sendas sentencias de suplicación del Tribunal Superior catalán para conferir plenos efectos a la sentencia del Juzgado de lo Social de Barcelona, que había apreciado un abuso en la contratación de dos profesores asociados, uno de la Universidad Pompeu Fabra⁵⁷ y el otro de la Universidad de Barcelona⁵⁸.

54 Así lo propugna, por ejemplo, MOLINA NAVARRETE, C., “La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional. ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?”, *Diario La Ley*, n. 9053, de 3 de octubre de 2017; sin embargo, se pronuncia en contra GIMÉNEZ ONTANÓN, V., “Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese”, *Diario La Ley*, n. 9069, de 26 de octubre de 2017.

55 TJUE, C-245/17, Pedro Viejobueno Ibáñez y Emilia de la Vara González / Consejería de Educación de Castilla-La Mancha. Algunos jueces no consideran necesario, a la vista de la jurisprudencia europea, plantear una cuestión prejudicial; véase, por ejemplo, la sentencia 166/2017 de 30 de mayo de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 11 de Madrid, recurso n. 87/2017, magistrado: Torres Martínez; publicada en *Diario La Ley*, n. 9031, 28 de julio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, Madrid.

56 TJUE, reenvío prejudicial Pilar Centeno Meléndez / Universidad de Zaragoza, C-315/17.

57 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentencia de 22 de junio de 2015, recurso n. 3047/2015, ES:TS:2017:2703, ponente: Segoviano Astaburuaga (abuso en la contratación del profesor asociado Antonio Márquez Samohano, de la Universidad Pompeu Fabra).

58 Tribunal Supremo (Sala 4.ª), sentencia de 1 de junio de 2017, recurso n. 2890/2015, ES:TS:2017:2419, ponente: Blasco Pellicer (abuso en la contratación de profesor asociado de la Universidad de Barcelona); véase el comentario de CANO GALÁN, Y., “Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?”, *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de julio de 2017.

En el caso de la sentencia relativa al profesor Antonio Márquez Samohano, de la Pompeu Fabra, el Tribunal Supremo aplica detalladamente la jurisprudencia deducida por el Tribunal de Justicia y, a diferencia de lo que se hace en suplicación y en los términos sentados por el Juzgado de lo Social n. 3 de Barcelona, que había planteado la cuestión prejudicial, constata: «Al no acreditarse la causa de la temporalidad y constar que la actividad desarrollada por el actor cubría necesidades permanentes de la Universidad, por lo que el contrato es fraudulento, el mismo tiene carácter indefinido, de conformidad con el artículo 15.3 del ET. En el presente supuesto, al ser la empleadora una Administración pública, la relación laboral será indefinida no fija».

En la sentencia relativa al profesor de la Universidad de Barcelona, el Tribunal Supremo aplica la cláusula 5.1 del acuerdo y llega a la conclusión de que «la sucesiva concatenación de contratos temporales bajo el formal amparo de modalidades contractuales específicas del ámbito universitario que no cumplieran materialmente los requisitos y las finalidades previstas legalmente implicó una actuación fraudulenta que determinó, por ministerio de la ley, la consideración de que existía un contrato de carácter indefinido no fijo, cuya unilateral extinción bajo la alegación de finalización de una duración temporal inexistente debió calificarse como despido improcedente».

En la jurisdicción contencioso-administrativa también es compleja la determinación del abuso por los nombramientos temporales de funcionarios y personal estatutario, pero resulta aún más difícil determinar la solución efectiva y disuasoria que deben dar los jueces al no haber previsiones legislativas apropiadas.

La no constatación del abuso es una salida airosa de los tribunales contencioso-administrativos, que, así, no se enfrentan al espinoso tema de la solución efectiva y disuasoria.

Así, por ejemplo, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Madrid desestima un recurso de personal estatutario y elabora una interesante interpretación del régimen protector del artículo 9 del Estatuto Marco del personal sanitario, «cuya concreta redacción no es disconforme con la directiva, y en consecuencia si se realizaran más de dos nombramientos para la prestación de los mismos servicios por un periodo acumulado de 12 o más meses en un período de dos años, y si la Administración no procede de oficio al estudio de las causas que lo motivaron, para valorar, en su caso, si procede la creación de una plaza estructural en la plantilla del centro, podrán los interesados (que lo serán no solo el contratado eventual, sino también los integrantes de la bolsa de interinos, que pudieran ocupar la misma si fuera creada, o las organizaciones sindicales en representación de sus afiliados) exigir dicho estudio, bien entendido que, en el caso de que la Administración procediera a la creación de la plaza, correspondería su ocupación en régimen de interinidad por la persona a determinar según la normativa de aplicación, hasta que fuera adjudicada por los cauces ordinarios, mientras que, en el caso de considerar que no procedía la creación de plaza estructural, quedaría vedada la posibilidad de suscribir nuevos contratos estatutarios eventuales para atender la misma necesidad o servicio»⁵⁹.

Del mismo modo, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia ha subrayado prudentemente: «La citada [sentencia que resuelve los asuntos acumulados “Martínez Andrés” y “Castrejana

⁵⁹ TSJ Madrid (Sala Contencioso-administrativa, Sección 7.ª), sentencia de 7 de octubre de 2016, recurso n. 82/2016, ES:TSJM:2016:10741, ponente: I. del Riego Valledor (personal estatutario temporal).

López”, asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15 (interino)] deja en manos del juzgador nacional la apreciación de la concurrencia o no del fraude en la contratación, de modo que solo cuando se vislumbra dicho fraude, por utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y concatenación irregular de las contrataciones, cabe aplicar el criterio que en dicha sentencia se enuncia»⁶⁰. Sin embargo, el tribunal gallego, después de un análisis detallado del caso, no aprecia la utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada y concatenación irregular de las contrataciones, por lo que no se produce el supuesto de hecho al que deba aplicarse la jurisprudencia europea.

En cambio, una vez comprobado el abuso, la solución ya resulta más controvertida, aunque fuese la apuntada por el Tribunal de Justicia en la sentencia relativa a los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*, que ha consistido, en realidad, en aplicar en el ámbito contencioso-administrativo una figura tan peculiar como la de funcionario indefinido no fijo.

Por una parte, en el *asunto Martínez Andrés*, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, al comprobar una utilización fraudulenta de nombramientos administrativos para la prestación de servicios de naturaleza temporal, declara la relación de una estatutaria como indefinida no fija respecto del Servicio Vasco de Salud⁶¹. El Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Bilbao había desestimado el recurso. Sin embargo, y en apelación, la sala vasca adopta, sin mayores contemplaciones, la siguiente solución: «la apelante continuará vinculada a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá la interesada la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales».

Por otra parte, el mismo tribunal vasco resuelve el litigio que enfrentaba al arquitecto municipal Juan Carlos Castrejana López con el Ayuntamiento de Vitoria del modo siguiente: «la solución al caso consiste en aplicar la misma jurisprudencia consolidada en el orden jurisdiccional social respecto de la utilización abusiva de contrataciones temporales de empleados públicos, esto es, anular la extinción y considerar la relación como indefinida no fija, por lo tanto, prolongada la misma en el tiempo hasta la cobertura reglamentaria de la plaza»⁶².

Pero es que, además, el tribunal vasco añade hacia el futuro su solución por el eventual cese del funcionario interino: «el apelante continuará vinculado a la demandada como personal indefinido no fijo hasta que la plaza se cubra reglamentariamente o se amortice o se analice por la demandada la procedencia o no de convertir la plaza temporal en estructural y decidida su amortización definitiva o creación y cobertura reglamentaria. En el supuesto de resultar necesario su cese, justificado este, percibirá el interesado la indemnización señalada por el TJUE de mantenerse las circunstancias legales actuales. Y todo ello en razón a que del auto antes citado se infiere que el actor fue contratado sin atender a los límites objetivos que configuran el contrato de duración determinada».

60 TSJ Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentencia de 19 de julio de 2017, recurso n. 162/2017, ES:TSJGAL:2017:5388, ponente: Seoane Pesqueira (cese de interina de la Administración de Justicia sin indemnización).

61 TSJ País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso n. 625/2013, ES:TSJPV:2016:3488, ponente: González Saiz (solución del asunto Martínez Andrés de cese de personal estatutario eventual).

62 TSJ País Vasco (Sala Contencioso-administrativa, Sección 3.ª) sentencia de 12 de diciembre de 2016, recurso n. 735/2013, ES:TSJPV:2016:3979, ponente: González Saiz (solución del asunto Castrejana López de cese de personal funcionario municipal).

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, después de apreciar la existencia de abuso en los nombramientos como funcionario interino, frente al cese de funcionario, procede al reconocimiento de la continuación de la interinidad⁶³. A tal efecto, el tribunal gallego argumenta: «La consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro del recurrente a la plaza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del [EBEP], porque no existe tal plaza vacante».

Será la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo la que en casación determine la solución más apropiada para corregir los supuestos de abuso a los nombramientos de funcionarios interinos y estatutarios temporales. En efecto, en 2017 el Tribunal Supremo ha admitido a trámite los dos recursos relativos a los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*, dado que presentan interés casacional, y delimita la cuestión que debe resolver en estos términos: si se debe convertir la relación de servicios (como personal estatutario o como funcionario interino) en una de carácter indefinido no fija o, bien, si cabe afirmar que en nuestro ordenamiento jurídico existen otras medidas de aplicación preferente e igualmente eficaces para sancionar los abusos cometidos en dicha relación. Y si el afectado por la utilización abusiva de esos nombramientos tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento⁶⁴.

Hasta ahora la respuesta de la Sala de lo Contencioso-administrativo ha sido bastante reacia a una pretendida figura del funcionario indefinido no fijo que ha negado de manera terminante en el caso de los jueces sustitutos⁶⁵. Por tanto, al Tribunal Supremo le queda elegir entre crear una nueva figura de funcionario indefinido no fijo, y su equivalente para el personal estatutario, aplicar la indemnización o, en fin, reconocer las dos.

5 Conclusión

El derecho europeo nunca obligará a seguir un modelo específico de empleado público. Sin embargo, su influencia indirecta está siendo cada vez mayor, como se aprecia en la experiencia española. Esto se debe a que, a pesar de la autonomía institucional y procedimental, el régimen de los empleados públicos está limitado y no puede afectar o desincentivar las libertades económicas del mercado europeo y no puede introducir discriminaciones por razón del sexo, de la edad, de la discapacidad, etc. Asimismo, el derecho de la Unión Europea ha contribuido a mejorar las condiciones sociales de los empleados públicos en aspectos particularmente sensibles, como son las vacaciones, el tiempo de trabajo, el trabajo temporal, el reconocimiento de experiencias profesionales, etc.

63 TSJ Galicia (Sala Contencioso-administrativa, Sección 1.ª), sentencia de 14 de junio de 2017, recurso n. 72/2017, ES:TSJGAL:2017:4210, ponente: Seoane Pesqueira (cese de funcionario interino del Ayuntamiento de Santiago nombrado temporalmente de modo abusivo).

64 TS (Sala C-A, Sección 1.ª), autos de 30 de mayo de 2017 y de 13 de junio de 2017, recursos n. 785/2017 y n. 1305/2017, ES:TS:2017:5070A y ES:TS:2017:5796A, ponente: Menéndez Pérez (admisión de recurso de casación sobre utilización abusiva de una relación de servicios con sucesivos nombramientos temporales en los *asuntos Martínez Andrés y Castrejana López*). Véase en el mismo sentido el auto de 12 de junio de 2017, recurso 732/2017, ES:TS:2017:6109A, ponente: Cudero Blas (cese de personal estatutario eventual del Servicio de Salud de Castilla y León).

65 TS (Sala C-A, Sección 6.ª), sentencia de 13 de marzo de 2017, recurso n. 896/2014, ES:TS:2017:949, ponente: Maurandi Guillén (desestima la pretensión de una juez sustituta para que se declarase la relación estatutaria/laboral como indefinida desde su nombramiento para el año judicial 2006/2007).

En España la jurisprudencia europea está produciendo una convergencia y una homogeneización del estatuto de los empleados públicos (estatutario, laboral y funcionario)⁶⁶. Esta convergencia sería mayor si no hubiese dos jurisdicciones ocupadas en resolver los litigios de los empleados públicos: la jurisdicción social y la jurisdicción contencioso-administrativa.

Precisamente la aplicación de la Directiva 1999/70 relativa al empleo temporal pone de manifiesto las contradicciones del ordenamiento español. Por una parte, y en el caso de la jurisdicción social, el problema del abuso de la contratación temporal se resuelve a través de la figura del trabajador indefinido no fijo y solo se plantean algunas discrepancias sobre el alcance de la equiparación en la indemnización de alguno de los tipos de empleados temporales. Por otra parte, y en la jurisdicción contencioso-administrativa, podría pensarse que no hay que reconocer una indemnización por cese del nombramiento de funcionario interino o estatutario temporal, al no preverse para ninguna de las categorías equivalentes de duración indeterminada. En cambio, la solución al abuso de los nombramientos temporales en la función pública y en el personal estatutario recela de la figurada del indefinido no fijo porque, de ese modo, se estaría afectando seriamente al principio de igualdad, mérito y capacidad.

En definitiva, ha sido la jurisprudencia europea la que está propiciando una convergencia en el estatuto del empleado público en España. Ahora bien, en esta tarea debe reconocerse que la responsabilidad del diseño es del legislador, siendo la intervención judicial solo subsidiaria. Por eso, debe reprocharse la incuria del legislador español, que está propiciando un activismo judicial que no puede ser uniformado por jurisdicciones tan distintas como la social y la contencioso-administrativa, cuando están en juego principios esenciales de nuestro ordenamiento.

6 Bibliografía

ALDOMÀ BUIXADÉ, J., *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración pública*, Diputación de Barcelona, Barcelona, 2015.

CANO GALÁN, Y., "Contratación temporal en el ámbito universitario ¿pueden existir los profesores asociados?", *Diario La Ley*, n. 9027, 24 de julio de 2017.

CANTERO MARTÍNEZ, J., "El funcionario interino en la jurisprudencia: sobre la necesidad de repensar la figura", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n. 12, 2017.

CHAVES GARCÍA, J. R., y QUESADA SOLER, B., "La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración", *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017.

GARCÍA MURCIA, J., "El trabajo temporal ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: a propósito de tres llamativas sentencias de septiembre de 2016", *La Ley Unión Europea*, n. 41, 2016.

GIMÉNEZ ONTAÑÓN, V., "Sobre el derecho de los empleados públicos interinos a recibir una indemnización a su cese", *Diario La Ley*, n. 9069, de 26 de octubre de 2017.

66 CHAVES GARCÍA, J. R., y QUESADA SOLER, B., "La expansión desbocada del derecho laboral en la Administración", *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, n. 17, 2017, pp. 2061-2071.

MOLINA NAVARRETE, C., "La doctrina «Diego Porras» desatada: su reciente aplicación judicial nacional ¿«Noble sueño» o «nueva pesadilla»?", *Diario La Ley*, n. 9053, de 3 de octubre de 2017.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, administraciones españolas y jurisprudencia europea", *Actualidad administrativa*, n. 3, 2012.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleo público y jurisprudencia europea: los efectos innovadores en el estatuto del empleado público en España", *Revista Aranzadi Unión Europea*, n. 10, 2013.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "El empleo público temporal en la Directiva 1999/70/CE y el ordenamiento español", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 127, 2017.

Regap



NOTAS

A reconstrución da noción xurídica das empresas públicas peruanas

La reconstrucción de la noción jurídica de las empresas públicas peruanas

The reconstruction of the legal notion of Peruvian public companies

54
Regap

ORLANDO VIGNOLO CUEVA

Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza (España)

Abogado por la Universidad de Piura (Perú)

Profesor de la Universidad de Piura (Perú)

Director de la Revista Anuario de la Función Pública

Abogado del Estudio Echeopar (Perú)

orlandovignolo@yahoo.com

Recibido: 01/12/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: As empresas públicas deben ser definidas expresamente no dereito administrativo peruano, máis alá de toda discusión multidisciplinaria sobre a súa existencia efectiva e valor na actual realidade do país. Isto último é unha necesidade urxente para delimitalas no seu contido xurídico e asegurar que esta técnica teña equilibrados alcances, partindo sempre desde a súa xustificación constitucional e obrigatoria práctica ao servizo do interese público. Ademais, esta tarefa resulta necesaria debido á pouca precisión dogmática que mantén o noso lexislador no conciso e algo desordenado réxime de actividade empresarial do Estado, o cal acaba sendo só un máis nun conxunto de normas sectoriais que regulan varios destes suxeitos económicos de titularidade pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedade, control público, influencia dominante, persoa xurídica, administracións públicas.

Resumen: Las empresas públicas deben ser definidas expresamente en el derecho administrativo peruano, más allá de toda discusión multidisciplinaria sobre su existencia efectiva y valor en la actual realidad del país. Esto último es una necesidad urgente para delimitarlas en su contenido jurídico y asegurar que esta técnica tenga equilibrados alcances, partiendo siempre desde su justificación constitucional y obligatoria práctica al servicio del interés público. Además, esta tarea resulta necesaria debido a la poca precisión dogmática que mantiene nuestro legislador en el escueto y algo desordenado régimen de actividad empresarial del Estado, el cual termina siendo solo uno más en un conjunto de normas sectoriales que regulan a varios de estos sujetos económicos de titularidad pública.

Palabras clave: Empresas públicas, principio de subsidiariedad, control público, influencia dominante, persona jurídica, administraciones públicas.

Abstract: Public enterprises shall be explicitly defined in Peruvian administrative law, beyond any multidisciplinary discussion on their actual existence and value in the current situation of the country. The latter is an urgent need to delimit them within their legal content and ensure that this technique has balanced approaches, always starting from

its constitutional justification and obligatory practice in the service of the public interest. In addition, this task is necessary due to the little dogmatic precision that our legislator maintains in the brief and somewhat disordered regime of the State's business activity, which ends up being additional to a set of sectoral norms that regulate several of these economic subjects of public ownership.

Keywords: Public enterprises, principle of subsidiarity, public control, dominant influence, legal entity, public administrations.

Las empresas públicas han estado y continúan ligadas a la vida social y económica del Perú. Su actual presencia, menos robusta y bajo cobertura de ciertas cuestiones jurídicas promovidas por algún sector pequeño de la doctrina nacional¹, todavía aparece marcada por frecuentes polémicas sobre su valor y, cómo no, las propias posibilidades de aplicación de esta técnica de intervención administrativa². Hay que decir que en un país como el Perú, en el que las empresas públicas fueron utilizadas por distintos políticos y actores de manera disfuncional (marcando así de forma negativa a dos generaciones de peruanos), no puede exonerarse la posibilidad de discutir siempre su presencia y sus posibilidades.

A pesar de esta última atingencia histórica y la siempre peruana costumbre de marcar distancia o enfrentarse al contrario desde la practicidad (muchas veces sin fundamento o prueba teórica de respaldo), va siendo tiempo de desideologizar la revisión de este instituto, sin apasionamientos, siempre en la búsqueda de crear y justificar bases conceptuales serias y medianamente reconocibles, ya que finalmente las empresas públicas siempre existirán y lo importante es que se utilicen dentro de los márgenes jurídicos previstos en nuestro derecho. Además, solo este último presupuesto puede asegurar un nivel de eficacia y servicio efectivo de estas organizaciones al interés público, puesto que, como bien indicaba MARTÍN MATEO, lo importante de estos sujetos no es el ánimo de lucro (aunque jamás deben ser deficitarias), sino que lo verdaderamente fundamental es “*la maximización de sus resultados, disponiendo con criterios de economicidad de sus medios para la obtención de los fines propuestos*”³.

En esta última tarea (de raíz básicamente multidisciplinaria), el derecho administrativo tiene un papel esencial para presentar *equilibrio* en la respuesta concreta a partir de fundamentar conceptos claves tales como la propia definición jurídica de la técnica (y su empate dogmático con la subsidiariedad constitucional), algún nivel de identificación de lo que significa el mentado concepto legal de “*actividad empresarial del Estado*”, las posibilidades de establecer una noción que implique a sujetos olvidados y no estudiados dentro de esta última noción funcional, las razones finales para superar la tendencia de solo *particularizar* a ciertas empresas públicas alrededor del régimen de empresas del Estado preceptuado en el Decreto legislativo n. 1031 (siendo esta una ley con un ámbito objetivo que no deja de ser oscuro, pues su

1 La doctrina peruana sobre empresas públicas es muy escasa a pesar del número medianamente importante que subsisten en nuestro derecho. Para una rápida revisión, debe tomarse en cuenta a CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010; y el libro de parte general escrito por el profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.

2 Considero que las empresas públicas son una técnica de intervención de las administraciones públicas, si se quiere una actividad más de esta organización del poder público, cuestión que aparece claramente definida por el profesor LAGUNA DE PAZ en los siguientes términos: “*Sea como quiera, cualquier aproximación a la empresa pública debe empezar por resaltar que ésta es una actividad de la Administración. La empresa pública representa un instrumento de intervención directo, que permite a la Administración irrumpir activamente en la vida económica*”. Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., “La empresa pública autónoma: aspectos jurídicos”, revista *Presupuesto y Gasto Público*, n. 16, 1995, p. 250.

3 MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974, p. 61.

denominación no se condice con los pocos sujetos que finalmente regula), y cuál es el alcance del derecho administrativo y de las organizaciones administrativas en la fundación, estructura, control o influencia y actuaciones sobre estas clases de sujetos económicos. Entonces son varios los problemas que aparecen y necesitan de respuestas jurídico-administrativas. Algunos de ellos serán planteados y pretenden ser respondidos en este trabajo.

Ahora bien, esta problemática reseñada no solo se manifiesta en nuestra realidad. En muchos lados de Iberoamérica aparecen complicaciones de los más variados calados, en buena medida sostenidas en múltiples causas, tales como el antiguo proceso de huida del derecho administrativo, o por la intensidad de la corriente liberalizadora que se propugnó en momentos determinados en un país específico, el nivel de progresión de la iniciativa privada en los distintos sectores de la economía, o simplemente por los intentos de rehacer las intervenciones administrativas desde las decisiones políticas y configuradoras del legislador de turno.

En cualquier caso, a modo de comparación y tomando con pinzas los objetos contrastados, en el derecho español de los años noventa ya se indicaba que los problemas de ennegrecimiento de la técnica tenían reflejos, por ejemplo, en que su praxis no está lo *“suficientemente racionalizada, la carencia de una normativa específica que estructure la figura, su carácter de tema testigo, esencialmente polémico, sobre cuyos desarrollos se han proyectado concepciones e ideologías globales. Todos estos factores, como puede verse, no ayudan a su comprensión”*⁴.

Por tanto, a la vista de lo presentado y de la necesidad de sistematizar un régimen que aparece marcado por la primacía de las empresas estatales gobernadas desde el FONAFE⁵ mediante la aplicación del Decreto legislativo n. 1031 y su reglamento aprobado por el Decreto supremo n. 176-2010-EF, propongo un trabajo que intente responder las siguientes dos cuestiones esenciales:

- (i) El valor de la subsidiariedad horizontal o social respecto de las empresas públicas.
- (ii) La noción de empresa pública aplicable en el derecho administrativo peruano.

4 LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, p. 250.

5 El citado Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), junto con el Banco de la Nación, es uno de los pocos ejemplos existentes en nuestro derecho de las denominadas “empresas del Estado de derecho público” o “empresas del Estado con potestades públicas”, según nomenclaturas recogidas por el numeral 1.1. de la Ley n. 27170 y el numeral 4.3 del Decreto legislativo n. 1031. Este sujeto debe ser entendido como una forma de *“ente público económico (...) con personalidad y estructura jurídica-pública”* (en este caso adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas). Específicamente, considero que el FONAFE es una organización del poder público que ejerce potestades administrativas, siendo correcto asumir su condición de *“entidad de la Administración pública (...) sujeta, por tanto, a normas de derecho público y también de derecho privado, especialmente en materia laboral”*. Vid. ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

Por las competencias habilitadas por el legislador al FONAFE, todas ellas reconocidas en el artículo 3 de la Ley n. 27170 y otras desperdigadas a lo largo del señalado Decreto legislativo n. 1031 y su reglamento aprobado por el Decreto supremo n. 176-2010-EF (tales como la selección y aprobación de los directores que ingresan a dirigir estos sujetos, o el uso y distribución de sus recursos dinerarios), es evidente que este *holding público* cumpliría un papel de dirección y un rol jerárquico exclusivamente aplicado sobre el conjunto de las denominadas empresas estatales puestas bajo su ámbito de control. Es más, puede considerarse a esta organización administrativa como representante del o de los accionistas (los ministerios pertinentes del Poder Ejecutivo) ante estas compañías públicas, a través del ejercicio *“de la titularidad de las acciones representativas del capital social de todas las empresas, creadas o por crearse, en las que participa el Estado”* (ver el literal c del artículo 3 de la Ley n. 27170).

Sin embargo, estas condiciones no disuelven las distintas naturalezas entre estos dos sujetos de derecho, con personerías (y capacidades) diferenciadas. Por un lado, una Administración pública sometida primariamente al régimen jurídico-administrativo; por otro, un conjunto de empresas públicas de titularidad del FONAFE, que deben responder por una gestión económica realizada en un determinado sector, siendo estas últimas cabales sociedades mercantiles. Por tanto, si se quiere, el legislador ha dotado de diversas competencias de ordenación, control o verificación *ex post* (de contenido no normativo) y reglamentarias, recaídas sobre actuaciones futuras de las empresas del Estado. Todas van destinadas a que el FONAFE pueda cumplir con su objetivo de conducir *“la actividad empresarial del Estado”*.

En suma, este trabajo es bastante modesto en su objeto, pues se concentra en responder las bases y el concepto de la técnica, sin mirar a los costados y a las ramificaciones de la extensa problemática jurídica que actualmente aparece tras las empresas públicas.

II

Siempre es bueno acudir al pasado para explicar ciertas cuestiones de fundamentación de una técnica jurídica. En esta sección quisiera mostrar ciertos datos sobre el enlace entre una negada subsidiariedad social, el régimen constitucional económico y el uso de las empresas públicas durante el periodo posterior a la reinstauración de la democracia y el Estado de derecho en el país (durante las dos últimas décadas del siglo pasado). Este periodo estuvo regido por la Constitución de 1979 y fue uno de los periodos más convulsos, tenebrosos y oscuros de nuestra historia republicana (marcada por la peor crisis económica que haya podido experimentar un país sudamericano, un galopante terrorismo y otros efectos propios de descomposición social e institucional).

Así, el articulado de la antigua Constitución de 1979 no era del todo armonioso, apareciendo, en concreto, unas reglas constitucionales económicas divergentes y poco claras que mezclaban figuras tan disímiles como desconocidas para nuestro derecho, tales como el mantenimiento de la igualdad entre la iniciativa pública y la privada, la coexistencia de diversas modalidades de propiedad pero haciendo especial hincapié en el cooperativismo, la libre iniciativa privada unida a la participación excluyente del Estado o de los ciudadanos peruanos a través de la reserva legal de sectores y actividades productivas (si se quiere, en este último punto apareció una extraña *publicatio* que permitía la transferencia de la inicial titularidad pública en un ámbito específico a grupos empresariales conformados por peruanos de origen).

Estas normas constitucionales parece que fueron hechas para contentar a todos los grupos políticos de la antigua Asamblea Constituyente⁶, con muy poco margen de maniobra y sin el debido tiempo dada la habilitación que le había cedido el Gobierno Revolucionario de la

6 Esto lo demuestra el diario de debates de la época. Las diversas intervenciones de relevantes constituyentes demuestran que no entendían bien lo que se discutía sobre las instituciones constitucionales a ser incorporadas en el régimen económico, otorgándoles categorías y efectos que no se condicen con sus respectivas naturalezas jurídicas, salvo excepciones puntuales. Es más, muchas de las cuatro instituciones principales que fueron copiadas mecánicamente de otras constituciones de la época aparecieron sin analizarse bien la noción, el contexto y la tradición existentes en los países de recojo.

Así, puede citarse el dicho del representante de la izquierda D. VÉLIZ cuando afirma que “*el capítulo del régimen económico, lamentablemente, vemos que está totalmente influenciado por el neoliberalismo y esto significa que van a existir trabas al proceso de transformación. Sin ofender a nadie (...) pareciese que este capítulo lo hubiesen redactado los miembros de la nueva oligarquía (...) porque la mayoría de los artículos les favorecen*”. Pero más estremecedora es la lectura de la participación del socialcristiano D. ALAYZA GRUNDY: “*en este capítulo del régimen económico, hemos establecido cuatro instituciones fundamentales para que sobre esas bases pueda funcionar una economía que sea simultáneamente libre y orientada. Dos instituciones son esencialmente de ordenamiento, la planificación democrática y el mercado (...) Y hemos creado dos instituciones esenciales para la promoción de la actividad económica, el pluralismo y la iniciativa privada libre*”. Ver el diario de debates de la Constitución de 1979 en el siguiente enlace: <http://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const79DD/AsamConst/TomoCompletoAsamblea/TomoV.pdf>. Última revisión recogida 21/02/2017.

Debe agregarse que en la doctrina peruana se han reconocido estas mezclas encontradas de instituciones económicas y jurídicas principalmente en OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987, pp. 672-673. Luego estas mismas cuestiones fueron asumidas íntegramente para explicar la antigua Constitución económica de 1979 y una implícita desazón por el cambio a un “*modelo económico neoliberal*” que ponía “*de relieve la existencia de un componente constitucional de hondo significado social*”. Esta tesis última fue presentada por el profesor español FERNÁNDEZ SEGADO, F., “*El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la constitución de 1993*”, *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994, p. 37.

época⁷. Esta falta de un orden sistémico mínimo⁸ terminó generando, según el razonamiento adecuado de KRESALJA, una intervención empresarial pública en la economía como nunca antes se había conocido en nuestra realidad, la cual podía practicarse “mediante la planificación y la creación y funcionamiento de empresas públicas, reservándose actividades con carácter eventualmente monopólico, y también sancionando prácticas anticompetitivas”⁹.

Entonces, inmediatamente surgió en los años comprendidos entre la década de los ochenta e inicios de los noventa un innegable protagonismo prestacional y empresarial público que acompañó y marcó una de las etapas políticas, económicas y sociales más funestas de nuestra historia. Muchos de estos resultados económicos, promovidos y obtenidos por los dos gobiernos democráticos siguientes, han sido tratados en alguna doctrina jurídica y, a pesar del paso del tiempo, aparecen como antecedentes de un evidente desprestigio que aún se mantiene sobre la técnica de las empresas públicas¹⁰.

Por lo dicho, cuando se compara la Constitución de 1979 y la actual Carta constitucional, a pesar de que reconocen y sostienen un régimen económico basado en el eje de la economía social de mercado (al menos por el explícito reconocimiento de este instituto), lo cierto es que la vigente sí diseñó un orden mínimo en pos de darle elementos de expansión a la primacía de la persona y a las organizaciones intermedias creadas por ésta (mediante diferentes formas de personas jurídicas). En sentido contrario, la comentada Constitución de 1979 establecía que el Estado ejercía su directa actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo, sin que exista reserva de ley para plantear la utilización casuística de la empresa pública. Además, el artículo 114 de esta Constitución señalaba que, por causa de interés social o seguridad nacional, la ley podía reservar para el Estado actividades productivas o de servicio, así como establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos (pero contradictoriamente prohibiendo los monopolios privados)¹¹.

En otras palabras, las creaciones de empresas públicas encontraban sustentos en diversos aspectos heterogéneos, sin más restricciones que fundamentarse en el interés social o la seguridad nacional, incluso con la posibilidad de establecer y aparecer protegidas tras monopolios legales que segmentaban y favorecían el desarrollo de estas actuaciones a favor

7 No debe olvidarse que los militares que gobernaron durante la segunda parte de la dictadura del Gobierno Revolucionario establecieron que la Asamblea Constituyente de 1978 tenía como “exclusiva finalidad la dación de la nueva Constitución política del Estado, la que contendrá esencialmente, entre otras, las disposiciones que institucionalicen las transformaciones estructurales que viene llevando a cabo el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada” (ver el artículo 2 del Decreto ley n. 21949), y le otorgaron un tiempo muy limitado para ejercer funciones entre su instalación del 28 de julio de 1978 y su conclusión de “funciones en la primera quincena de julio de 1979” (ver el artículo 3 del citado Decreto ley n. 21949).

8 Sobre este caos generado desde la Constitución de 1979, deben recordarse las certeras palabras del profesor español L. LÓPEZ RODÓ, las cuales permiten justificar la imposibilidad de juntar en una misma carta constitucional a instituciones de sentidos y visiones políticas opuestas. Al respecto, es que “en contraste con la prolifidad de los textos constitucionales de inspiración marxista relativos al modelo económico, las constituciones del mundo occidental son muy parcas y se limitan a consagrar la propiedad y la iniciativa privada”. Vid. LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, Vol. Col. Administración y Constitución, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, p. 443.

9 Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010, p. 103.

10 Sobre este punto, un dato interesante es el recogido por KRESALJA, autor nacional que amargamente reconoce las “graves ineficiencias de las numerosas empresas públicas que generaban el 20 % del PBI, comprometieron el desarrollo de la economía y contribuyeron a una severísima crisis política y económica”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., p. 71.

11 Esta prohibición de monopolios privados del artículo 133 de la Constitución de 1979 aparece reconocido y conceptualizado por OCHOA CARDICH, C., *Economía y Constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, cit., pp. 613 y ss.

de estos sujetos económicos, aunque se pretendería luego encubrir estas evidentes ventajas tras declaraciones legislativas vagas o conceptos jurídicos indeterminados (como por ejemplo la relativa “*reserva exclusiva de sectores económicos*” prevista en el artículo 4 de la Ley n. 24948).

En ese sentido, basta recordar solo algunas normas legales de actividad empresarial del Estado de los años ochenta que, con dosis de irresponsabilidad financiera, sin asumir una forzosa despartidarización y con una evidente falta de razones jurídico-administrativas medianamente reconocibles, permitían que, por ejemplo, el Estado pudiese impulsar, montar y operar una fábrica de cemento, a través de la empresa estatal Corporación Departamental de Desarrollo del Cuzco, permitiéndose la inmediata “*transferencia de recursos humanos, materiales y financieros necesarios*” (ver el artículo 2 de la Ley n. 24876).

Otra muestra de lo variopinto y desordenado que era el protagonismo público es el ámbito objetivo preceptuado por el artículo 4 de la Ley n. 24948, que permitía la participación empresarial en sectores tan disímiles, de distinta complejidad y riesgos económicos como: “*la exploración, extracción, transformación y comercialización de los recursos naturales estratégicos (...) En la producción de bienes y servicios vinculados directamente a la defensa nacional (...) En la provisión de servicios públicos y culturales (...) En la comercialización de alimentos básicos para el consumo popular (...) En la actividad financiera y de seguros (...) Comercio exterior de bienes y servicios de gran significación económica (...) Consultoría e ingeniería de alta especialización*”.

Por lo manifestado, no se puede entender el largo y continuado cambio económico y social ocurrido en el Perú sin tener en cuenta los caracteres de la antigua economía social de mercado que he descrito, la misma que se sostenía en una tenue y básica subsidiariedad, sesgada tras un uso errático y partidarizado de las empresas públicas, pero que aparecía desarrollada sobre los hombros de la imprecisión para permitir su práctica “*según el resultado de las urnas y conseguimiento del partido o ideología gobernante (...) tanto por los defensores de poner el acento en la idea de libertad económica como por los partidarios de extender el área de actuación del Estado o de la colectivización de los medios de producción basándose en un supuesto interés de carácter general o social*”¹².

III

La historia avanzó y en pocos años el Perú tuvo una nueva Constitución. Así, la historia nos sitúa bastante pronto ante un Congreso Constituyente Democrático que se encargó de preparar la Carta magna vigente. Esta asamblea instalada en diciembre de 1992, luego del autogolpe de Estado promovido por el expresidente A. Fujimori, tuvo un tratamiento y un debate bastante limitado del principio de subsidiariedad, puesto que casi ni se le menciona a lo largo de cada una de las exposiciones, réplicas y dúplicas de los constituyentes, apareciendo más bien implícitamente reconocido, sin su nombre, pero con ciertas líneas jurídicas básicas a través de participaciones efectistas que buscaban atacar el serio problema económico y la gestión de las empresas públicas creadas en los difícilísimos años ochenta¹³. Es más, como

12 LÓPEZ RODÓ, L., “El modelo económico de la Constitución”, cit., p. 454.

13 Como bien reconoce el profesor KRESALJA, la norma de restricción de la intervención empresarial pública contenida en el artículo 60 de la CP constituyó “*el núcleo del debate sobre el principio de subsidiariedad*”. Vid. KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en*

haré notar en las próximas líneas, muchas de las intervenciones y debates de los textos que luego fueron incluidos en el régimen económico de la Constitución se deslizan entre los extremos de plantearla con más fuerza o combatir abiertamente la intensidad de la corriente neoliberalista que llegaba al país¹⁴.

Es preciso adelantar un par de consideraciones que son bastante aceptadas por la doctrina sobre el texto constitucional vigente¹⁵. En general, la actual Constitución tomó mucho del articulado de su antecesora, concentrando buena parte de sus reformas totales y parciales en diversas disposiciones que permitían la intervención del Estado en modos empresariales y prestacionales directos e inmediatos en la economía y la sociedad misma¹⁶. Esta mecánica pragmática de los constituyentes recogió –casi sin mencionarla– una perspectiva extendida y más sustancial del principio de subsidiariedad en sus dos versiones (social y territorial), acompañado de otras figuras que trataban de concretar mayores libertades de contenido económico (y el propio principio *pro libertate*). En este último punto, casi configurada como una apuesta por lo desconocido (y no estudiado), radica uno de los determinantes cambios en el régimen económico de la Constitución frente a su inmediata antecesora.

En todas las cuestiones planteadas a lo largo del debate del Congreso Constituyente Democrático se llegó a la conclusión final de que la actuación empresarial estatal (pública) no debía ser ni directa ni “libre” en un determinado mercado o sector. Así, la subsidiariedad social prohibitiva se impuso y quedó marcada como la principal variante del principio (y una forma de ligazón planteó que esta actividad se podrá realizar siempre y cuando se cumplan tres requisitos taxativos y obligatorios, todos desprendidos del artículo 60 de la Constitución y de la legislación de desarrollo, a saber:

(i) Que la realización de la actividad empresarial de titularidad pública se encuentre autorizada por norma legal expresa aprobada por el Congreso de la República, recaudo formal que ha sido expresamente recogido por nuestro Tribunal Constitucional como el establecimiento de una extraña “*reserva de ley absoluta*”¹⁷ (es más un mecanismo para impedir la promulgación y publicación de otros tipos de normas legales habilitantes a cargo del Poder Ejecutivo, como los decretos legislativos o los decretos de urgencia, o, incluso, las ordenanzas regionales o municipales que se encuentran en las competencias propias de los concejos municipales o

materia económica, cit., p. 97. Por la gran cantidad de tinta usada para comentar esta específica norma constitucional, a favor y en contra, desde distintos ámbitos y ciencias, es por lo que se sigue creyendo (hasta ahora) que esta es el eje del principio de subsidiariedad y un producto “neoliberal”. Sin embargo, esta forma de examen del instituto es un medio de disminución de un principio que es diametralmente distinto y con otras raíces históricas.

- 14 Como bien expresa el profesor HAKANSSON, en el Perú nunca existió una “*Constitución histórica*”. Por eso la CP fue producto de la coyuntura (tanto como la Constitución de 1979). Esto se manifiesta en que “*Las disposiciones del régimen económico en la Constitución de 1993 (...) están redactadas conforme con una ideología neoliberal, pero que hoy en día podrían discutirse en algunos Estados del primer mundo*”. Vid. HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 67.
- 15 Por todos, véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993”, cit., pp. 29-31.
- 16 Por lo afirmado, resulta correcto que la “*parte económica de la Constitución (...) es la que mayor transformación ha tenido en todo el texto de 1993 en relación con las Cartas anteriores*”. Vid. RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999, pp. 192-193.
- 17 STCP, recaída en el Exp. n. 0034-2004-PA/TC, de 13 de abril de 2007, F.J. 11. De manera fundamentada, aunque no comparto su posición, el profesor CHANG señala que “*no solo el Congreso tiene potestad para crear empresas públicas, sino que también los gobiernos regionales (...) Esto implica que el Parlamento solo puede crear empresas de carácter nacional, mientras que los gobiernos regionales lo pueden hacer en su ámbito*”. Vid. CHANG CHUYES, G., “La subsidiariedad del Estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-índecopi”, *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015, p. 151.

regionales). En ese sentido, este requisito ha sido expresamente ratificado por el legislador en el artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031 en los siguientes términos: *"La actividad empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República (...), en cualquier sector económico"*.

(ii) Que la intervención empresarial pública se realice en un sector económico o social (no solamente mercado) en los que exista una ausencia total o insuficiencia de privados que permita atender toda la demanda existente entre los ciudadanos, considerándose a estos como datos de motivación que deberán ser asumidos y expresados por el legislador en el contenido y exposición de motivos de la concreta norma legal habilitante. Esto ha sido reconocido por el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia como el *"reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común"*¹⁸. Además, en idénticos términos a los presentados por el artículo 60 de la Constitución, se puede revisar el texto del citado artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031.

Es más, según una situación que puede considerarse como extralimitada para el ejercicio de las potestades administrativas decisorias y de resolución de recursos administrativos, este requisito propio de la justificación ha sido instrumentalizado por el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia del INDECOP¹⁹ mediante una metodología de investigación y estudio de corte económico que busca probar, ante las deficiencias y abierto olvido de la legislación de defensa de la competencia, *"si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada"*²⁰, y, en segundo orden, *"cuál es la oferta privada disponible"*²¹.

(iii) Que el objetivo que se pretenda satisfacer o salvaguardar sea un *"alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional"*, posibilidades de corte finalista que deberán conectarse con los motivos de justificación, y, cómo no, aparecer en el debate parlamentario, debiendo a continuación ser colocadas en la exposición de motivos y en la específica norma legal habilitante aprobada por el Congreso de la República. En este punto estoy de acuerdo con lo expresado por KRESALJA, en cuanto a que este recaudo tiene carácter *"no solo político sino también técnico, sobre el que las fuerzas políticas ahí representadas deberán opinar, más aún cuando se trata de conceptos jurídicos indeterminados"*²².

18 STCP, recaída en el Exp. n. 7339-2006-PA/TC, de 13 de abril de 2007, F.J. 11.

19 El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOP) fue creado en noviembre de 1992 mediante el Decreto ley n. 25868. Actualmente es considerado una de las organizaciones administrativas más importantes y reputadas en el mantenimiento y correcto funcionamiento de nuestra economía social de mercado.

20 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOP, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 82.

21 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOP, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 83. Sobre esta metodología económica, aunque puede ser un importante aporte para tratar de comprobar la falta parcial o ausencia de privados en sectores específicos, aprobado como un supuesto "precedente administrativo de alcance general" y producto del Tribunal Administrativo más respetado dentro y fuera del país, no deja de ser un motivo más de un acto administrativo resolutorio. Por tanto, ni puede ser impuesto al legislador como se pretende deslizar entre líneas (ver los numerales 80 y 81), ni tampoco puede ser sobrevalorado dentro de nuestro sistema de fuentes (la jurisprudencia ordinaria y constitucional podría dar lugar a un cambio de sentido o incluso al completo descarte de la metodología). Finalmente, aunque no es éste el trabajo ideal, debo decir que tengo serias dudas en cuanto a la existencia de una potestad discrecional para aprobar este tipo de métodos, ajenos a la discusión planteada por el correspondiente recurso administrativo, puesto que este órgano cuenta sólo con las competencias entregadas por el legislador para *"revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica"* y, en el régimen sancionador de represión contra la competencia desleal, para *"actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción"*, entre otras potestades de instrucción ligadas a las dos citadas y desperdigadas en algunas normas diversas (ver principalmente el artículo 27 del Decreto legislativo n. 1044).

22 KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, cit., pp. 108-109.

Está claro que ambas cláusulas del artículo 60 de la Constitución son aspectos que requieren de una evaluación exclusiva del que posee la condición de ser el fruto directo del principio de representación, no siendo posible que ningún otro poder público se encuentre capacitado constitucionalmente para adoptar esta decisión. Más todavía, el legislador se ha reservado esta decisión de manera expresa con la forma excluyente de la norma legal de habilitación preceptuada en nuestro ordenamiento vigente (solo por "*Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional*", según los términos del artículo 3 del Decreto legislativo n. 1031).

Finalmente, en la misma línea el Tribunal Administrativo de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha reconocido expresamente –como no podía ser de otra manera– que el "*Congreso de la República es el único (...) legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el parlamento que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede –a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad– lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad*"²³.

Como cierre de todo lo anteriormente explicado, debe quedar claro que la subsidiariedad horizontal tiene un amplio ámbito objetivo, presentando siempre en un lugar estelar a la prioritaria revalorización de la persona, sus derechos e impulso en cualquier campo de la realidad, importancia guiada siempre por la idea de que no resulta "*lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa*"²⁴. Además, esta colocación protagónica de las personas lleva aparejada y se conecta con un grupo de variantes de la propia figura que, desde el reconocimiento constitucional, se presentan compuestas por una serie de derechos constitucionales ineludibles, mandatos de corte positivo y negativo y subprincipios (como el *pro libertate* y el pie de igualdad). Todas estas variantes se convierten en parte del bagaje de la subsidiariedad horizontal y en auténticos medios para servir a la supremacía de las personas prevista en el artículo 1 de la Constitución.

Por otro lado, la Constitución también previó un subprincipio de la subsidiariedad social que aparece expresamente recogido en el señalado artículo 60, el cual tiene impacto directo sobre las actuaciones permanentes de las empresas públicas. Éste es el llamado de *pie de igualdad* entre las intervenciones empresariales efectuadas por los privados y las gestionadas (de manera subsidiaria) por las organizaciones administrativas o empresas públicas de diversa índole²⁵. Sobre el particular, este parco texto constitucional señala lo siguiente:

23 Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 124.

24 ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, p. 158.

25 Esta diferenciación entre actividad, organización administrativa y empresa pública aparece claramente recogida en el numeral 14.3 del Decreto legislativo n. 1044 y en la visión económica que recoge mayoritariamente el TADC del INDECOPI, órgano administrativo resolutorio que ha señalado "*que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores*". Vid. Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre de 2010, F.J. 50.

Sin embargo, a pesar de estos datos, creo que existe una explicación jurídico-administrativa abandonada por este Tribunal Administrativo y la propia legislación en los intentos por explicar la actividad empresarial estatal. Esta es que en nuestro país aún seguimos reconociendo a las llamadas empresas del Estado de derecho público que aparecerían claramente ejemplificadas en los citados FONAFE y en el Banco de la Nación. Al respecto, véanse las explicaciones brindadas por el profesor ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 85.

“La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.

Luego, el propio legislador declaró en el artículo 7 del Decreto legislativo n. 757 la reafirmación de este subprincipio y las distancias conceptuales evidentes entre las organizaciones administrativas y las empresas públicas en los siguientes términos: *“cuando una misma actividad económica es realizada por el Estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos. En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos”.*

Los años posteriores no fueron muy favorables para esta figura. Así, el tratamiento paritario que planteó de manera directa el Constituyente y la anterior declaración legal fueron largamente afectados por la posterior legislación sectorial de la actividad empresarial del Estado, presentando una idea distorsionada de la igualdad pretendida desde la Constitución, puesto que no es posible, en la actualidad, utilizar los mismos regímenes jurídicos para los destinatarios de esta norma constitucional. En cualquier caso, lo que más ha primado en épocas posteriores a la promulgación de la vigente Carta magna es una desigualdad de distinta intensidad que, aunque ontológica y con algunas justificaciones, se distancia irracionalmente para las empresas públicas (estatales) y los sujetos empresariales privados fuera de las reglas naturales del mercado y el propio derecho privado, incluso con ciertas previsiones que determinarían la posible derogación implícita del mencionado artículo 7 del Decreto legislativo n. 757.

En el mismo sentido, y siguiendo el recuento hecho por ABRUÑA, existieron varias normas contenidas en la antigua Ley n. 24948 que otorgaron a las empresas estatales directos *“privilegios, como gratuidad y exoneración de todo tributo, derecho, arancel o tasa en las transferencias de acciones y activos fijos (...) inembargabilidad de las acciones; y (...) con previa ley de delegación, podían contar con la posibilidad de ejercer facultades coactivas (...) y ser agentes de percepción o retención de tributos”*²⁶. Esto, en la actualidad ha sido atenuado y existe una clara tendencia a privatizar el régimen de la actividad empresarial del Estado para la mayoría de estos sujetos, a fin de acercar la legislación sectorial a la mencionada cláusula constitucional (apareciendo claras alusiones a normas societarias por varios fragmentos).

Pero, a desmedro de estos intentos últimos, se mantienen ciertas cuestiones tales como la delegación legal de ciertas potestades administrativas de autoorganización ligadas a la implantación de *“planes estratégicos y en las metas establecidas en sus programas y presupuestos anuales”* aplicados desde el *holding* público llamado FONAFE o sus entidades administrativas accionistas (ver el numeral 5.2 del Decreto legislativo n. 1031), la irracional aplicación de reglas de contratación estatal (ver el literal g del artículo 3 de la Ley n. 30225), o por último el ejercicio también delegado de potestades para vincularse *“con los sistemas administrativos del Estado”* (ver el artículo 1 del Decreto legislativo n. 1031)²⁷.

26 ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, cit., p. 88.

27 La delegación de potestades administrativas a favor de empresas públicas (de forma jurídico-privada) sigue siendo un problema serio y por resolver en nuestro derecho administrativo. En general, considero que debería extirparse esta posibilidad, a fin de que no existan distorsiones en la intervención empresarial pública, permitiendo que las empresas estatales y municipales se comporten como agentes de mercado, con riesgos propios y surjan sobre sus objetivos otros tipos de controles. Si pretendemos mantener un aparato concreto y pequeño de empresas públicas, debemos asumir que es producto de la reducción del derecho administrativo, en la que no cabe entregar potestades públicas a estos sujetos de personería jurídico-privada, puesto que las posicionarían en una situación no igualitaria frente a sus competidores o pares privados (en sentido positivo o negativo). Es más, estas fórmulas de delegación distorsionan el concepto de

IV

Frente a este panorama de desorden respecto a la noción de empresas públicas, particularmente en la formulación correcta de su régimen aplicable y las relaciones que deben mantener en el mercado (especialmente con otros operadores), vale un intento de reconstrucción en aras de mostrar el valor y la vinculatoriedad de este segundo y abandonado subprincipio de *igualdad de trato* contenido en el artículo 60 de la Constitución.

Al respecto, y así considero que aparece reconocido expresamente en los artículos 3 y 4 del Decreto legislativo n. 1031 y el literal f del artículo 1 del Decreto supremo n. 176-2010-EF, hemos caminado directamente y sin saberlo hacia la instauración de una definición *funcional* de esta técnica, cuestión en la que nos parecemos mucho a la tendencia del derecho comunitario iniciada en 1980 con la Directiva 80/723 (la famosa “Directiva transparencia”²⁸), aprobada para mejorar la competencia y la “*transparencia de las relaciones financieras*” entre las organizaciones del poder público de los Estados miembros y los sujetos económicos creados por los primeros.

En este punto, y en respeto directo a la noción funcional nuestra, no debemos olvidar que las empresas públicas se encuentran por encima de sus “*regímenes particulares*”²⁹ e incluso de sus propias configuraciones o relaciones de dependencia con las entidades administrativas. La respuesta para catalogar a una organización como empresa pública es más casuística y económica. Por ende, en su identificación y correcta juridificación, solo cabe determinar que los “*poderes públicos, usando o no entes instrumentales personificados, intervienen en el mercado libre compitiendo con las empresas privadas. No siempre estas operaciones se hacen utilizando la fórmula de la sociedad mercantil, sino de organismos públicos sometidos a regímenes distintos, incluso de derecho público, que actúan en el tráfico con los mismos objetivos de las empresas*”³⁰.

A partir de lo indicado, en la calificación de una empresa pública (estatal, municipal, de capital mixto), no importa la personería que tenga y el régimen aplicable, pues siempre será un mecanismo de intervención orgánica de las administraciones públicas aplicada para brindar directamente servicios y prestaciones a favor de usuarios o consumidores dentro de sectores del mercado, lo cual se justifica en diversas y ya comentadas razones de utilidad pública o

Administración pública en nuestro derecho, apareciendo extrañas nociones en nuestra LPAG o en las propias normas de contrataciones del Estado (como la consideración de entidades administrativas recaídas sobre las “*personas jurídicas bajo el régimen privado que prestan servicios públicos o ejercen función administrativa en virtud de concesión, delegación o autorización del Estado*” prevista en el numeral 1.8 del título preliminar de la LPAG).

En este punto, comparto la posición mantenida por la profesora española CHINCHILLA, desde la perspectiva comunitaria, en cuanto que no puede calificarse “*como poderes públicos a las entidades del sector público que adoptan forma y naturaleza privada (las sociedades mercantiles o las fundaciones), sencillamente porque no lo son; y no lo son, precisamente, porque no ejercen potestades, por más que recientemente las leyes hayan reconocido, como asumiendo una anomalía que, como tal, no debería tener consagración legal, que puede haber sociedades mercantiles que ejerzan potestades públicas*”. Vid. CHINCHILLA MARÍN, M. A., “El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo”, *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016, p. 373.

28 El artículo 2 de esta norma comunitaria definía a las empresas públicas como “*cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Se presume que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa:*

- a) *poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, o*
- b) *disponen de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o*
- c) *pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa*”.

29 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson Civitas, Madrid, tomo II, 2004, p. 1084.

30 MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, cit., p. 1084.

interés general. En suma, lo importante es que, aunque la empresa pública aparezca como un nuevo sujeto con personería jurídica diferenciada, y en muchos casos adscrita y regida por el sistema jurídico-privado, ésta es siempre dependiente, enormemente influida o controlada por una organización administrativa (sea por su propia creadora o por alguna otra encargada específicamente por el ordenamiento, tal como sucede en el país con el FONAFE o la Caja Militar-Policía³¹). En suma, como bien ha sintetizado MARTÍN MATEO, las empresas públicas son “*organizaciones económicas de control público*”³².

Entonces, cuando un operador se encuentre frente a una empresa pública, no puede pretender rebatir la titularidad, o la influencia dominante, o los controles públicos ejercidos por las entidades administrativas competentes; más bien tiene que asumir que cualquiera de estos criterios son indispensables para definir la correcta configuración y aparición de esta técnica en el caso concreto. Como corresponde, ambos elementos de creación, constitución y de permanencia (existencia) de la empresa pública quedarán marcados de arriba a abajo por el derecho administrativo (con leyes concretas y habilitantes que marcan este camino), manifestándose en una serie de relaciones jurídico-administrativas de carácter interno que se presentan entre las organizaciones administrativas matrices y los sujetos económicos creados. Esto último sería el denominado *núcleo duro* de derecho administrativo que resulta irrebutable ante la aparición jurídica de las llamadas empresas públicas (estatales o municipales)³³.

Sin embargo, y esto es algo que hemos perdido de vista de cara a la igualdad de tratamiento jurídico con las actuaciones y empresas privadas, la descrita participación empresarial pública siempre deberá someterse a las reglas de mercado, siendo el derecho privado el que prime en el desenvolvimiento de su objeto social y donde corresponda adicionalmente (las relaciones con sus proveedores, la propia autoorganización y en las relaciones con otras empresas), puesto que bajo estos supuestos (que no son pocos) deberá existir un necesario

31 La Caja Militar-Policía constituye una entidad administrativa capaz de ejercitar un conjunto de potestades administrativas, cercana en fisonomía al FONAFE y al Banco de la Nación, pero con determinadas características particulares preceptuadas en su régimen estatutario. Considero que la definición de esta organización administrativa es un poco compleja, en la medida en que, sin dejar de ser una entidad de la Administración pública tradicionalmente conocida, realiza bastantes actividades de administración y gestión económica, esto último siempre con fines pensionarios a favor del personal militar y policial del país. En ese sentido, de conformidad con el artículo 1 del Decreto ley n. 21021, esta entidad administrativa viene dotada de personería jurídico-pública interna, es decir, puede actuar por sí misma siendo capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, y evidentemente ser un centro de imputación jurídica, sin perjuicio de tener un conjunto de personas y medios materiales adscritos hacia fines diversos, directamente otorgados o permitidos por el legislador. En segundo lugar, a partir de su gran eje de actuación (la Administración pensionaria), realiza una serie de operaciones económicas con contraprestación, tal como se puede desprender del artículo 2 del reglamento del Decreto ley n. 21021, aprobado mediante el Decreto supremo n. 005-75-CCFA, según los siguientes términos: i) Administrar el régimen de pago de las pensiones y compensaciones de sus miembros, de conformidad con lo establecido en el Decreto ley n. 19846, ii) Administrar los recursos de la Caja con la finalidad de incrementarlos; y, iii) Administrar otros fondos y prestar otros servicios que sean aprobados por decreto supremo, refrendado conjuntamente por los ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior (actualmente, Ministerio de Defensa y del Interior). Asimismo, se puede desprender del artículo 33 del Decreto ley n. 21021 que esta entidad realiza específicamente actividades financieras y bursátiles, en la medida en que constituyen recursos de la Caja cierto tipo de rendimientos obtenidos de las siguientes actuaciones: “*f) El rendimiento de sus inversiones; g) Los intereses de sus colocaciones financieras y de otras operaciones.*” Además, el artículo 36 de la misma norma establece que “*la caja utilizará sus recursos después de cumplir sus prestaciones y gastos administrativos, en inversiones que aseguren una rentabilidad (...)*”. De conformidad con su política de inversiones, esta entidad administrativa tiene algunas empresas de su propiedad en diversos rubros (inmobiliario, almacenero hotelero y bancario). Está claro que estas últimas calzan directamente en la noción funcional que se viene planteando en este trabajo. En cualquier caso, las empresas de la Caja se sustentan en el objetivo institucional de “*lograr la mayor rentabilidad posible dentro de un marco de seguridad y reducido nivel de riesgo que garantice una pensión digna para sus afiliados (...)* poniendo en práctica criterios financieros de diversificación y un análisis profundo de las diferentes alternativas de inversión en el mercado peruano de capitales”.

32 MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985, p. 372.

33 Vid. MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, cit., p. 372. En el derecho peruano, esta posición fue asumida por el desaparecido profesor A. CÉSPEDES, asumiendo así el valor sustancial de estas notas definitorias de las empresas públicas. Vid. CÉSPEDES ZAVALETA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009, pp. 65-66.

discernimiento y flexibilización frente a esta ciencia jurídica, a fin de otorgarle una autonomía de gestión necesaria, aceptaciones claras de riesgos de mercado y ser considerada un agente económico más³⁴.

De nuevo, el principio de pie de igualdad plantea *equilibrio*, no debiendo exagerarse la extensión del núcleo duro o esencial del derecho administrativo en la legislación pertinente de las empresas públicas, al ser ésta una situación que supondría la ruptura de la constitucional igualdad del trato, la desnaturalización de esta técnica y, sin duda, una posible amenaza a la posición de primacía de la que gozan las personas naturales y jurídicas en todo emprendimiento empresarial. En segundo lugar, la clave de reconstrucción también supone asumir el derecho privado “*como derecho general del tráfico económico*”³⁵, que proporciona a toda organización administrativa que controla una empresa pública la necesaria “*capacidad de conexión de sus acciones con el mercado y con la actividad de sus interlocutores privados*”³⁶. Por eso, como piedra de toque, la legislación sectorial tiene que cambiar en muchos fragmentos, eliminando toda referencia secundaria o supletoria del derecho privado respecto de ámbitos no ligados al acotado núcleo duro de derecho administrativo³⁷.

V

Como adelanté líneas atrás, la nota definitoria de las empresas públicas es el *control público* al que siempre se encuentran sometidas, el mismo que es ejercido por una organización administrativa y puede manifestarse de diversas maneras (sobre la organización en general, en los órganos de gobierno, en la propia gestión, en la actividad interna, en la toma de decisiones de la empresa, mediante la llamada “acción oro”³⁸). Ahora bien, este control, influencia o dependencia pública dominante pueden ser directos o indirectos (incluso se pueden materializar mediante un sujeto distinto a la organización administrativa, es decir, podría aparecer una empresa pública que controla a otra³⁹). En consecuencia, el elemento

34 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 411.

35 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, p. 299.

36 SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, cit., p. 299.

37 Lo afirmado en la última parte del párrafo final supondría también un radical cambio de sentido en la normatividad infralegal de la actividad empresarial pública. Propongo un ejemplo para entender mejor el planteamiento. El régimen de control público ejercitado por el *holding* estatal FONAFE que se practica sobre las denominadas empresas del Estado (todas ellas configuradas como sociedades mercantiles) se lleva a cabo en paralelo con la aplicación del derecho privado, usado sobre las gestiones generales y actividades de mercado practicadas por estos últimos sujetos. Sin embargo, en estos últimos espacios de actuación, aparecen diversas directivas aprobadas por el Directorio del FONAFE que no necesariamente tienen que ver con las relaciones jurídicas propias del descrito núcleo de derecho administrativo (por ejemplo contratación, planificación de mercado, reparto de dividendos, aumentos de sueldo de directivos, régimen de directores, etc.), siendo normas reglamentarias que producen un menor margen de maniobra de las empresas estatales en el mercado, y, en segundo lugar, una directa forma de inaplicar en la práctica el principio del pie de igualdad (una extensión irracional del derecho administrativo a situaciones no naturales).

Sin embargo, no debo dejar de mencionar la situación diferenciada de flexibilización en la que se ha venido introduciendo la empresa estatal PETROPERÚ, una de las pocas que, por sucesivas normas legales (Leyes n. 28840 y n. 30130), se ha visto apartada del derecho administrativo en espacios no ligados al señalado núcleo duro de jurídico-administrativo. A pesar de estas cuestiones harto positivas, existen voces discordantes que fustigan alguna de estas leyes, incluso con el rótulo de incumplidora de “*lo establecido en el tercer párrafo del artículo 60 de la Constitución*”. Esta cita puede ser revisada en CAIRAMPOMA ARROYO, V., “(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012, p. 328.

38 ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, 2012, p. 479.

39 Al menos esto aparece claramente reconocido en el literal f del artículo 1 del Decreto supremo n. 176-2010-EF, cuando se indica que dentro de las empresas estatales se consideran a aquellas “*cuyo capital pertenece, de manera directa o indirecta, íntegramente al Estado; aquellas en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria; con las excepciones previstas en la Ley de FONAFE*”. Ahora bien, aunque

en cuestión siempre debe ser entendido de manera extensa como un fenómeno que limita la autonomía y gestión empresarial a través de la intervención de la Administración pública.

Ahora bien, como en su momento planteó SÁNCHEZ MORÓN⁴⁰, se podría reconocer fácilmente la fuerte utilización instrumental del derecho privado (supuestos en los que se abre el espacio para pensar en un ejercicio de potestad administrativa no tradicional, la consecuente transformación de la organización administrativa en un accionista o privado más y la aparición del fenómeno de huida del derecho administrativo en su versión más ligada a la actividad administrativa económica o industrial⁴¹), aunque las anteriores opciones se mezclan con formas jurídico-administrativas típicas (como la designación de directores mediante procedimientos previos de selección y actos administrativos contenidos en los “Acuerdos de Directorio del FONAFE” preceptuados en el artículo 7 del Decreto legislativo n. 1031 y del artículo 15 del Decreto supremo n. 176-2010-EF).

En el mismo sentido, si cabe la formulación de una *tipología* de estas manifestaciones de poder y sujeción de la organización administrativa fundante sobre estos sujetos económicos se podrían resumir los siguientes supuestos⁴²:

(i) Control por resultados: Es la forma de subordinación a través de la cual el Estado, representado por alguna entidad administrativa, ejerce una función fiscalizadora o de revisión de objetivos, verificando los resultados últimos o intermedios de la gestión de la empresa. En esta fórmula menos invasiva de la actividad empresarial, la organización administrativa controladora no participa en el proceso interno de toma de decisiones⁴³, generándose un amplio espacio para la aparición de los procesos de *despolitización* que son tan urgentes y necesarios para el sostenimiento jurídicamente válido de la técnica⁴⁴.

en este específico régimen de actividad empresarial estatal la posibilidad descrita no se ha concretizado, sí está claro que esta aparece establecida para las empresas de propiedad y control de la Caja Militar Policial (bajo su sistema estatutario y peculiar).

40 El importante profesor español indicaba sobre este punto que acerca de las empresas públicas poco “*importa, pues, el dato de la personalidad jurídica, si se es o no persona o si se tiene personificación pública o privada. El control, por lo demás, puede lograrse mediante fórmulas de derecho privado (propiedad o posición mayoritaria en la sociedad) o mediante formas de derecho público (creación de un organismo público o ejercicio de potestades exorbitantes de dirección y control), puede ser directo o indirecto*”. Ver esta cita en SÁNCHEZ MORÓN, M., “Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España”, *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980, p. 93.

41 Al respecto, conviene tomar en cuenta lo afirmado por S. MARTÍN-RETORTILLO sobre la implantación de formas societarias en las empresas públicas. Decía el desaparecido profesor aragonés que en “*todo caso, un dato conviene destacar muy en particular: la actividad de las empresas que así se crean viene referida exclusivamente a una actividad económica de producción de bienes o servicios y de dación de los mismos al mercado; o, a lo más, a la gestión de algún servicio público con un status en principio intercambiable con el del concesionario. Las empresas públicas nunca se ha entendido que realicen actividad administrativa de ningún tipo*”. Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., “Reflexiones sobre la “huida” del derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996, p. 30.

42 CÉSPEDES ZAVALETA, A., “Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea”, cit., p. 934.

43 Cabe resaltar que esta manifestación del control público ha sido muy poco utilizada en la gestión de las empresas públicas peruanas.

44 Aunque con algún dato que no comparto, hace algunos años atrás afirmaba G. ARIÑO sobre la práctica y los “comportamientos” de las empresas públicas que estas últimas no deben tener ninguna diferencia con sus pares de titularidad privada, debiendo seguir un proceso obligatorio de despolitización que las alejara “*del derecho público, de la influencia política, de los privilegios y de las discriminaciones que a veces las han acompañado, asimilándolas todo lo posible a la empresa privada*”. Vid. ARIÑO ORTIZ, G., “De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas”, *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995, p. 11. Al respecto, estimo que resulta valioso y necesario eliminar todo componente de *partidarización de las empresas públicas*, siendo una nota esencial en los tiempos actuales que corren en Latinoamérica (por la lucha anticorrupción que implica en buena medida la reforma de varias de estas organizaciones económicas de titularidad estatal). Sin embargo, no creo que sea correcto identificar la prohibición de este componente con la salida del derecho administrativo de su régimen, pues este último –en dosis adecuadas y concentradas– es fundamental para asegurar la juridicidad del núcleo jurídico-público duro de la empresa pública, además de su propio servicio al interés público (el cual debe aparecer y desplegarse siempre para justificar la creación legal, la propia causa y el objeto de este sujeto).

(ii) Control directo: Se da cuando la organización administrativa participa directamente en la toma de decisiones internas de la empresa pública a fin de que se produzcan los resultados esperados. Esta manifestación de control se logra, generalmente, a través de la titularidad pública de la mayoría de las acciones de la empresa, y puede ser, a su vez, *económica* o de *dirección*, recayendo en este último caso sobre toda o partes de la *gestión* y *dirección* misma de la empresa.

(iii) Control indirecto: En esta modalidad la organización administrativa no participa directamente en la dirección del sujeto económico por no ser su accionista o participacionista mayoritario; es más, puede poseer efectivamente una intervención accionaria mínima, o incluso ninguna posible. Sin embargo, tiene la capacidad de tomar decisiones esenciales y estratégicas en el interior de la empresa pública, sea por mandato normativo, por el control directo sobre otro sujeto económico que participa en los órganos de gobierno de la empresa pública, por una obligación generada desde el derecho privado o por la aparición de la llamada acción-oro, entre otras posibilidades. Los ejemplos más típicos de *control indirecto* son la designación de más de la mitad de los miembros del directorio, la reserva de la decisión sobre la ampliación o reducción de operaciones, o sobre la propia existencia jurídica de la empresa pública.

(iv) Control de los criterios para la toma de decisiones: Es la forma de influencia que se da por medio del nombramiento de directores y gerentes. Esta se puede especificar mediante la instauración de convenios de gestión para el cumplimiento de determinados objetivos preestablecidos, posibilitando la evaluación de la gestión de la empresa en función de los resultados previamente acordados con sus directivos.

Para cerrar este trabajo, indicaremos que el control público y su ejecución mediante sus diferentes modalidades permite no solo modificar los supuestos de aplicación de la técnica estudiada, posibilitando dar respuesta sobre la naturaleza jurídica de varios operadores del mercado que han pasado desapercibidos o sin categorías posibles en nuestro derecho (como las señaladas empresas de la Caja Militar Policial o las organizaciones económicas de ESSALUD⁴⁵), sino que también permite asumir que las empresas públicas son objeto de un concepto *amplio*, sin posibilidad alguna de que en la correspondiente definición prime algún elemento formal o tendencia a la subjetivización⁴⁶. Como bien señalaba FONT I LLOVET, “*en definitiva, pues, la empresa pública (...) no aludirá a una forma, a un sujeto, a un ente, sino a una organización económica activa peculiarmente relacionada con la Administración bajo el signo de la dirección y el control. Conviene recordar, no obstante, que los aspectos formales juegan también su función. No deberán ser tomados como el único dato definitorio*”⁴⁷.

45 Me estoy refiriendo a las empresas SILSA y ESVICSAC, creadas en los años ochenta por el antiguo IPSS (hoy Seguro Social de SALUD, de sigla ESSALUD). Hay que indicar que ambas, bajo la noción explicada, son empresas públicas, pues tanto ESVICSAC como SILSA son sujetos sometidos a un control público o influencia pública dominante, que se manifiesta en la participación mayoritaria de un organismo público en el accionariado de dichas empresas (ESSALUD es titular de casi el 95 % de las acciones representativas del capital social de una de estas empresas).

46 FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983, p. 2818.

47 FONT I LLOVET, T., “La empresa pública agraria”, cit., p. 2833.

Bibliografía

- ABRUÑA PUYOL, A., *Delimitación jurídica de la Administración pública en el ordenamiento peruano*, Palestra, Lima, 2010.
- ABRUÑA PUYOL, A., y BACA ONETO, V., *Notas al curso de derecho administrativo*, promanuscrito, Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, Lima, 2012.
- ARIÑO ORTIZ, G., "De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma? Quizás ambas cosas", *Revista de Administración Pública*, n. 138, 1995.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general. Lecciones retrospectivas de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.
- CAIRAMPOMA ARROYO, V., "(Re) interpretación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano", *Vol. Col. V Congreso Nacional de Derecho Administrativo*, Palestra, Lima, 2012.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., "Análisis de los rasgos administrativo-legales más característicos de las empresas públicas en la época contemporánea", en AA. VV. *Desafíos del derecho administrativo contemporáneo*, Paredes, Caracas, 2009.
- CÉSPEDES ZAVALETA, A., *El estado empresario: verdades, conjeturas y mitos jurídicos*, Ediciones Caballero Bustamante, Lima, 2010.
- CHANG CHUYES, G., "La subsidiariedad del estado en materia económica. Un comentario al precedente de observancia obligatoria res. n. 3134-2010/sc1-indecopi", *Vol. Col. II Convención Estudiantil en Derecho Público*, Universidad de Piura-Palestra, Lima, 2015.
- CHINCHILLA MARÍN, M. A., "El derecho de la Unión Europea como freno a la huida del derecho administrativo", *Revista Administración Pública*, n. 200, 2016.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F., "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú: aproximación a la Constitución de 1993", *Revista de Estudios Políticos*, n. 84, 1994.
- FONT I LLOVET, T., "La empresa pública agraria", *Revista Administración Pública*, n. 100-102, 1983.
- HAKANSSON NIETO, C., *Curso de derecho constitucional*, Palestra-Universidad de Piura, Lima, 2012.
- KRESALJA ROSELLÓ, B., *El principio de subsidiariedad en materia económica*, Palestra, Lima, 2010.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., "La empresa pública autonómica: aspectos jurídicos", *Revista presupuesto y gasto público*, n. 16, 1995.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., *Derecho administrativo económico*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016.
- LÓPEZ RODÓ, L., "El modelo económico de la constitución", *Vol. Col. Administración y Constitución*, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981.

- MARTÍN MATEO, R., *Ordenación del sector público en España*, Civitas, Madrid, 1974.
- MARTÍN MATEO, R., *Derecho público de la economía*, Ceura, Madrid, 1985.
- MARTÍN RETORTILLO, S., "Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 140, 1996.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, Thomson-Civitas, Madrid, Tomo II, 2004.
- OCHOA CARDICH, C., *Economía y constitución: La influencia del pensamiento neoliberal en el modelo económico de la Constitución peruana de 1979*, Cultural Cuzco, Lima, 1987.
- RUBIO CORREA, M., *Estudio de la Constitución política de 1993*, PUCP, Lima, 1999.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "Introducción al régimen jurídico de la empresa pública en España", *Revista de Administración Pública*, n. 93, 1980.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2010.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003.

regap



NOTAS

O novo réxime das notificacións administrativas

El nuevo régimen de las notificaciones administrativas

The new system of administrative notifications

54
Regap

NATALIA SOLAR JIMENO

Letrada de la Xunta de Galicia
natalia.solar.jimeno@sergas.es

Recibido: 10/11/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



NOTAS

Resumo: Este traballo analiza o novo sistema das notificacións administrativas establecido pola Lei 39/2015, do procedemento administrativo común das administracións públicas, onde conviven a notificación en papel e a notificación electrónica.

Palabras clave: Nova Lei do procedemento administrativo común das administracións públicas, notificacións administrativas, notificación en papel, notificación electrónica.

Resumen: Este trabajo analiza el nuevo sistema de las notificaciones administrativas establecido por la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, donde conviven la notificación en papel y la notificación electrónica.

Palabras clave: Nueva Ley del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, notificaciones administrativas, notificación en papel, notificación electrónica.

Abstract: This job analyzes the new system of administrative notifications established by Law 39/2015, of the common administrative procedure of public administrations where paper notification and electronic notification coexist.

Keywords: New Law of the common administrative procedure of the public administrations, administrative notifications, paper notification, electronic notification.

Sumario: 1 Introducción. 2 Las notificaciones en papel. 2.1 Sujetos. 2.2 Principales novedades en la práctica de la notificación en papel. 2.2.1 Receptor de la notificación. 2.2.2 Horario del segundo intento. 2.2.3 Dualidad de la notificación en papel y notificación en sede electrónica. 2.2.4 Finalización del proceso notificador. 3 Las notificaciones electrónicas. 3.1 Sujetos obligados. 3.2 Práctica de la notificación electrónica. 3.2.1 Estructura bifásica. 3.2.2 Funcionamiento. 3.3 Cómputo de plazos. 3.4 La notificación por edictos. 3.5 Supuestos excluidos. 4 Referencias jurisprudenciales.

1 Introducción

Antes de la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (en adelante LPACAP), el régimen jurídico de las notificaciones administrativas se regulaba en los artículos 58 y siguientes de la LRJ-PAC y se completaba con las previsiones establecidas para las notificaciones electrónicas en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. El esquema básico que surgía de este escenario jurídico era que las notificaciones en domicilio se practicaban en papel y sobre la base de dos intentos con un lapso temporal de 3 días y una diferencia horaria de 60 minutos, con obligación de acudir a una notificación en el BOE cuando ambos intentos fueran infructuosos. A este esquema se añadía la posibilidad de sustituir las notificaciones en papel por notificaciones electrónicas para aquellos interesados que lo solicitaran, pudiendo realizarse la notificación electrónica a través del correo electrónico, a través de una dirección habilitada única o a través de comparecencia en la sede electrónica de la Administración notificadora.

Tras la entrada en vigor de la LPACAP, el régimen jurídico de las notificaciones administrativas se regula en los artículos 40 y siguientes, estableciéndose un sistema dual donde conviven las notificaciones en papel con las notificaciones electrónicas. El esquema básico de las notificaciones en papel es similar al anterior, basándose en los dos intentos y posterior notificación en el BOE, pero se añade la obligación de poner a disposición de los interesados la notificación en la sede electrónica de la Administración. Por su lado, la notificación electrónica deja de ser voluntaria para los sujetos previstos en el artículo 14.2 LPACAP y solo se permite a través de dirección habilitada única o comparecencia en la sede electrónica de la Administración, estableciéndose la posibilidad de recibir previamente un aviso a través de SMS en el móvil o en el correo electrónico.

Este régimen jurídico se completa, a nivel estatal, con las previsiones establecidas en la parte no derogada del Real decreto 1671/2009, de 6 de noviembre, que desarrollaba parcialmente la citada Ley 11/2007, y para Galicia, con las previsiones contenidas en los artículos 28 y siguientes de la Ley gallega 2/2017, de 8 de febrero, de medidas fiscales, administrativas y de ordenación (en adelante Ley gallega de medidas 2/2017).

2 Las notificaciones en papel

2.1 Sujetos

El artículo 14 LPACAP establece que las personas físicas podrán elegir en todo momento si se comunican con las administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con las administraciones públicas. El medio elegido por la persona para comunicarse con las administraciones públicas podrá ser modificado por aquella en cualquier momento.

Para modificar el canal de comunicación, opción solo prevista para quien no esté obligado a relacionarse electrónicamente, el artículo 41.1 LPACAP hace referencia a los modelos normalizados que se deberán cubrir cada vez que la persona interesada cambie el medio en

que quiere que se le practiquen las notificaciones (siempre que no esté obligado a recibirlas electrónicamente). El anterior sistema establecido en el ya citado RD 1671/2009 solo exigía un consentimiento expreso o una solicitud para poder optar a las notificaciones electrónicas, lo cual podía generar cierto grado de inseguridad jurídica que, evidentemente, con los modelos normalizados se soluciona. Ejemplo de esta inseguridad jurídica es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2011, en la que, admitiendo como medio válido de notificación el fax, entiende que no era válida dicha notificación, pues solo constaba un consentimiento tácito (se citaba el número de fax en el membrete de la mercantil).

Este sistema se completa en Galicia con lo establecido en el artículo 29 de la Ley gallega de medidas 2/2017, que establece que cuando se solicite la creación de una dirección habilitada única a través del Sistema de notificaciones electrónicas de Galicia, mediante los modelos normalizados disponibles a estos efectos en el propio sistema, ello determinará, a partir de ese momento, la recepción de las notificaciones a través de medios electrónicos en cualquier procedimiento administrativo tramitado por la Administración general y del sector público autonómico. Y aclara que en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando el interesado elija en el modelo normalizado de solicitud que la notificación en ese procedimiento se practique por medios electrónicos, la Administración creará su dirección habilitada única.

En estos casos, la creación de su dirección electrónica habilitada implicará que las notificaciones que deban cursarse se realizarán preferentemente por vía electrónica, sin perjuicio de su derecho a cambiar en cualquier momento el modo de practicarse. Este cambio debe comunicarse mediante los modelos normalizados disponibles en el sistema al efecto.

Un problema que deriva de esta posibilidad de cambiar es desde cuándo son operativos los mismos, es decir, desde cuándo la Administración debe cambiar el modo de notificar. En este aspecto, debe tenerse en cuenta el RD 1671/2009, cuyo artículo 37.3 (no derogado) establece que el cambio se hará efectivo para aquellas notificaciones que se emitan desde el día siguiente a la recepción de la solicitud de modificación en el registro del órgano u organismo público actuante.

2.2 Práctica de la notificación en papel

Centrándonos en la práctica de las notificaciones en papel, hay que destacar que tres son las principales novedades que se establecen en el nuevo régimen jurídico. Una es la relativa a quién es la persona que puede recoger la notificación en el domicilio del interesado. Otra es la relativa a la diferencia horaria que debe haber entre los dos intentos de notificación. Y la tercera, referida a la obligación de poner a disposición de los interesados las notificaciones en papel en la sede electrónica de la Administración. A continuación analizaremos separadamente cada una de estas cuestiones.

2.2.1 Receptor de la notificación

En relación con la primera novedad, cabe decir que, si bien con el anterior sistema cualquier persona que se encontrase en el domicilio del interesado podía recoger la notificación, ahora se especifica que solo podrán recoger las notificaciones los mayores de catorce años, manteniéndose la necesidad de que conste igualmente la identidad de la persona que recoge

Regap



NOTAS

la notificación, siendo suficiente la mención de nombre, apellidos y DNI, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2012. Ahora bien, entendemos que con la nueva precisión relativa a la edad mínima para la recogida de las notificaciones, dentro de las menciones relativas a la identidad, deberá constar también la edad de la persona que recoge la notificación, pues si no la Administración desconocerá un dato que será esencial para el éxito del proceso notificador. En efecto, imaginemos el inicio de un procedimiento sancionador que se notifica en el domicilio del interesado y que la notificación la recoge un menor de 14 años. Si no consta tal extremo en el acuse de recibo junto con el resto de las menciones de identidad que ya hemos precisado, podemos estar en presencia de dos escenarios diferentes.

Uno, que el menor sí haga entrega de la notificación al interesado y que éste se dé por notificado al presentar escrito de alegaciones al acuerdo de incoación. En este caso, podríamos hablar de una mera irregularidad no invalidante, pues sería aplicable la doctrina del Tribunal Supremo; entre otras, Sentencia de 26 de mayo de 2011, que establece que no procede invalidar el proceso notificador por recogida por persona improcedente cuando el interesado recibió sin problemas y sin reparo otras notificaciones recogidas por la misma persona. Es decir, en este caso se cumplió con la finalidad de la notificación, que es dar a conocer a un interesado un acto concreto y poder ejercitar sus posibilidades de defensa frente a él.

Pero en el segundo de los escenarios cambia la perspectiva. En efecto, nos situamos ante el mismo punto de partida, un acuerdo de incoación de un expediente sancionador que es recogido en el domicilio del interesado por un menor de 14 años sin que conste en el acuse de recibo tal circunstancia. Resulta que en este caso el menor no entrega la notificación a su destinatario pero a la Administración le consta recogida la notificación. Como el destinatario no conoce el acto, no hace alegaciones y por tanto no ejercita sus posibilidades de defensa. En este caso sí que se puede alegar la existencia de un vicio invalidante que puede acarrear la nulidad del procedimiento. Así pues, una de dos, o consta la edad en los acuses de recibo o la Administración deberá comprobar a través de la consulta del DNI (dato que conoce, pues sí consta en el acuse de recibo) la edad del receptor de la notificación para poder verificar la corrección del proceso de notificación y evitar eventuales nulidades.

2.2.2 Horario del segundo intento

Por otro lado, como ya avanzamos antes, el artículo 42.2 LPACAP introduce una novedad importante relativa al horario en que debe practicarse el segundo intento de notificación en el domicilio del interesado cuando el primero no tuvo éxito.

Con la anterior LRJ-PAC, el segundo intento debería realizarse dentro de los tres días siguientes y en hora distinta, habiendo sido interpretada la expresión "hora distinta" por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de octubre de 2004, dictada en interés de ley, como que sería preciso que entre el primer y el segundo intento mediase una diferencia mínima de 60 minutos.

Ahora se mantiene el lapso temporal de los tres días pero se modifica el horario en que debe realizarse, pues se establece que entre los dos intentos debe mediar una diferencia mínima de tres horas, así como operarse un cambio en la franja horaria, de manera que, si el primer intento se hizo antes de las quince horas, el segundo debe realizarse después de las quince

horas, y viceversa. Consecuentemente se garantiza que, si el primer intento de notificación se realiza por la mañana, el segundo se realizará por la tarde, y viceversa.

Sigue sin aclarar la LPACAP cómo debe computarse el plazo relativo a los tres días siguientes en que debe realizarse el segundo intento. En concreto, la duda surge en si debe o no debe computarse el día en que se realiza el primer intento de notificación dentro de ese plazo de tres días. Y esta precisión entendemos que es importante, pues la virtualidad del procedimiento depende de que se hayan observado todas las formalidades necesarias en el proceso notificador. Así, basta recordar los supuestos en que se declaraba la caducidad de los procedimientos sancionadores cuando entre el primer intento y el segundo no se había guardado la diferencia horaria mínima de 60 minutos.

Pues esto mismo puede suceder cuando el segundo intento se realice el mismo día que el primer intento (por entender que los tres días empiezan a contar desde el día siguiente a aquel en que se realiza el primer intento) y por lo tanto el segundo intento al realizarlo el mismo día que el primero no sería válido.

O, al revés, entender que el primer día es el día en que se realiza el primer intento y, por tanto, si el segundo intento se realiza el tercer día contando desde el día siguiente al primer intento, estaría fuera de plazo y no se cumpliría con las exigencias formales de la ley, ocasionando la nulidad del procedimiento.

En este sentido, podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2012, en que admitió que el segundo intento se realizase el mismo día en que se había practicado el primer intento pero guardando la diferencia horaria de 60 minutos (evidentemente partía de un supuesto a la luz de la anterior ley). Si aplicamos este criterio, no sería válido el segundo intento realizado el tercer día a contar desde el día siguiente a aquel en que se practicó el primer intento, pues estaría fuera de plazo.

Sin embargo, esta solución, entendemos, no es de aplicación con el nuevo sistema de la LPACAP, pues evidentemente no es factible para los supuestos en que el primer intento se realiza más tarde de las 15.00 horas, ya que en este caso es obligatorio hacer el segundo intento el día siguiente. Entendemos que el espíritu de la norma no es computar un mismo plazo de manera diferente en función de cómo se haya practicado el primer intento, con lo cual, por aplicación del artículo 30.3 LPACAP, entendemos que debe computarse a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, siendo conscientes de que aquí no hay aún notificación, solo intento de notificación, y de que la redacción del artículo 30.3 es idéntica a lo que establecía el artículo 48.4 LRJ-PAC y, por tanto, aplicable al supuesto analizado en la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2012 y que llegó a conclusión diferente.

2.2.3 Dualidad de la notificación en papel y notificación en sede electrónica

La tercera novedad establecida viene determinada por la dualidad de notificación electrónica y en papel que se exige para los casos en que haya que practicar una notificación en papel. La LPACAP determina una clara preferencia por las notificaciones por medios electrónicos, y muestra de ello es el artículo 42, que establece cómo la notificación en papel no excluye la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración u organismo

regap



NOTAS

actuante, aclarando que el acceso a la notificación en la sede electrónica será totalmente voluntario para el interesado y que ello no determina, de conformidad con el artículo 42.3, que el resto de las notificaciones se realicen por medios electrónicos, sino que se le dará la oportunidad de realizar el resto de las notificaciones por ese medio.

Varios son los problemas que derivan de este sistema dual. El primero que podemos citar es el relativo a cuándo se entiende realizada la notificación en el caso de que haya un acceso voluntario a la sede electrónica cuando también hay una notificación en papel. En efecto, puede darse el supuesto de que un acto o resolución que debe notificarse en papel por solicitarse así conforme a los artículos 14.1 y 41.3 se ponga al mismo tiempo a disposición del interesado en la sede electrónica. La persona interesada voluntariamente accede al contenido de esa notificación en la sede electrónica antes de que llegue la notificación en papel. Y resulta que este acceso al contenido, de conformidad con el artículo 43.2, supone la práctica de la notificación por medios electrónicos, pero no fue el medio elegido por el interesado para practicar la notificación. Este acceso voluntario también resulta ser una notificación válida al amparo del artículo 41.1, pues establece que, con independencia del medio utilizado, las notificaciones serán válidas siempre que permitan tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de las fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario. Y según el artículo 41.7, cuando el interesado fuese notificado por distintas vías, se tendrá en cuenta la fecha de la notificación que se practicó en primer lugar. De todo lo anterior, la pregunta es si este acceso voluntario a la sede electrónica supone la práctica de una notificación válida y, si el acceso es anterior a la notificación en papel, si será este acceso el que marque la fecha de notificación.

El mismo problema se plantea cuando hay un acceso voluntario a la sede electrónica y no se recoge la notificación en papel. En este último supuesto surge la duda de si hay que agotar o no todo el proceso notificador, es decir, la duda se centra en determinar si hay que hacer el doble intento y posterior notificación por el BOE o se da por notificación válida el acceso voluntario a la sede electrónica y por tanto no sería preciso agotar el proceso notificador en papel, a pesar de ser el medio expresamente elegido por el interesado para recibir las notificaciones.

A la vista de lo dicho anteriormente, creemos que el acceso voluntario sería una notificación válida, pues el modo en que se practique la notificación no es una de las condiciones de validez de esta (*vid.* artículo 41). A mayores, entendemos que, de lo contrario, la previsión del artículo 41.7 quedaría casi vacía de contenido (puede haber, al amparo del artículo 43, una duplicidad de notificaciones electrónicas, pues pueden coexistir la notificación en sede electrónica y la notificación en dirección habilitada única) y sobre todo que con el acceso voluntario a la sede electrónica el interesado tiene acceso al acto que se pretende notificar y, por tanto, se cumple con la función que pretende la notificación, es decir, el interesado no podrá alegar defectos formales cuando tales deficiencias no afectan a que el interesado tuvo conocimiento desde el momento en que accede a la sede electrónica al contenido del acto, pudiendo desde ese momento ejercitar su derecho de defensa.

Otro problema que puede surgir es qué pasa en aquellos casos en que no se pone la notificación a disposición del interesado en la sede electrónica. En este caso, entendemos que se trata de una mera irregularidad no invalidante, máxime cuando estamos en presencia de

una notificación en papel que así ha escogido voluntariamente el interesado o porque no está obligado a recibir las notificaciones electrónicas. No obstante, dicho lo anterior, puede plantear problemas el caso en que no se haya recogido ninguno de los dos intentos y no conste la puesta a disposición en sede electrónica, es decir, se estaría omitiendo una de las formalidades que exige el artículo 42 LPACAP. En este supuesto, al faltar la puesta a disposición, se podría argumentar que, al no reunir todas las formalidades legalmente exigidas, el proceso notificador no es correcto y podría incurrirse en una anulación de este.

Una duda en relación con la puesta a disposición es si hay que hacer o no el aviso previsto en el artículo 41.6 LPACAP. Como veremos, el aviso tiene una función, y es avisar a los interesados de que tienen notificaciones pendientes, pues en caso de que no haya aviso, sobre todo en los procedimientos de oficio, es probable que los interesados no sepan que se les está notificando algo. Si entendemos que, en el caso de puesta a disposición en sede electrónica de la notificación en papel, el aviso no debe realizarse, está claro que la virtualidad de la puesta a disposición será nula, pues desconocerán los interesados esta posibilidad de acceso. En cualquier caso, la ausencia de aviso, tal como contempla el artículo 41.6, no priva de eficacia a la notificación, que será considerada válida. En este punto, cabe destacar lo establecido en la Ley gallega de medidas 2/2017, cuyo artículo 29.4 establece cómo podrá incluirse en la notificación en papel la información relativa a la puesta a disposición de la notificación en sede electrónica.

Finalmente, hay que advertir que la puesta a disposición de la notificación en papel solo está prevista para sede electrónica y no para dirección habilitada única. Como veremos, la notificación electrónica se puede realizar a través de acceso a la sede electrónica de la Administración o bien a través de acceso a la dirección habilitada única. Sin embargo, la puesta a disposición de la notificación en papel solo permite un medio. La explicación tiene su lógica, y es que para poder notificar a través de dirección habilitada única es preciso crearla, permitiendo las diferentes normas crear de oficio a las administraciones públicas las direcciones habilitadas únicas cuando la notificación electrónica sea obligatoria y no esté previamente creada por el interesado. Pues bien, en el caso de notificaciones en papel, nos encontramos ante interesados que no están obligados a recibir notificaciones electrónicas; por lo tanto, la Administración no tiene cobertura para crear de oficio la dirección habilitada única, siendo solo posible la puesta a disposición en sede electrónica. Entendemos que podría ponerse a disposición en aquellos casos en que el interesado se haya creado su dirección habilitada única pero no procedería nunca que, para poner a disposición una notificación en papel, la Administración crease de oficio la dirección habilitada única. Sin embargo, en este aspecto, la Ley gallega de medidas 2/2017 permite no solo poner a disposición la notificación en papel en sede electrónica, sino también crear de oficio la dirección habilitada única, tal como se desprende del citado artículo 29.4, ampliando por tanto los casos en que la Administración puede crear de oficio una dirección habilitada única, pues no solo podrá cuando los destinatarios de las notificaciones estén obligados a recibirlas electrónicamente, sino también cuando tenga que hacer una notificación en papel y ponerla a disposición en formato electrónico.

2.2.4 Finalización del proceso notificador

Por último, en el supuesto de que fracasen los intentos de notificación, habrá que acudir a lo establecido en el artículo 44 LPACAP, que exige la inserción de un anuncio en el *Boletín*

Regap



NOTAS

Oficial del Estado, con carácter obligatorio, sin perjuicio de poder hacer otros anuncios, pero de carácter facultativo y complementario, no planteándose en esta fase ninguna novedad respecto del régimen anterior que ya había centralizado, desde la reforma operada por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del servicio público y otras medidas, en vigor desde el 1 de junio de 2015, en el BOE todos los anuncios de las notificaciones infructuosas con independencia de cuál fuera la Administración autora del acto objeto de notificación.

En relación con la notificación por anuncios, conviene recordar que se trata de una fase residual y, por lo tanto, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2011: *“«solo puede ser empleada cuando se tiene la convicción o certeza de la inutilidad de cualquier otra modalidad de citación» (STC 65/1999, cit., FJ 2);*” añadiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2011 que *“antes de acudir a la notificación edictal o mediante comparecencia, intente la notificación en el domicilio idóneo, bien porque este consta en el mismo expediente [SSTC 76/2006, de 13 de marzo, FJ 4; y 2/2008, de 14 de enero, FJ 3], bien porque su localización resulta extraordinariamente sencilla, normalmente acudiendo a oficinas o registros públicos (SSTC 135/2005, de 23 de mayo)”*. En este sentido, destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2017, que establece que, en aquellos casos en que no se pueda realizar la notificación en el domicilio del interesado pero conste un teléfono móvil, deberá usarse ese dispositivo para indagar un domicilio útil antes de continuar con el procedimiento, argumentando que *“La notificación personal debe realizarse siempre que, sin esfuerzos desproporcionados, la Administración pueda obtener el domicilio actual del interesado (sentencias 6/2017, 200/2016, 151/2016, 150/2016, 181/2015, 137/2014, 136/2014, 126/2014, 59/2014, 30/2014, entre muchas otras) y poca desproporción había en este caso cuando la Comunidad Autónoma de Castilla y León disponía del teléfono móvil del Sr. Balbino desde el primer momento. Ese mismo que, como se ha dicho, utilizó en el último momento sin que parece que hiciera entonces ninguna pesquisa extraordinaria”*. Por lo tanto, antes de acudir a la notificación por anuncios, habrá que ver si la Administración dispone o no de otro domicilio, pues, en caso de que conste otro y no se haya intentado ahí la notificación, el proceso notificador podrá ser declarado nulo. A mayores, hay que precisar que la posibilidad de poder notificar en un segundo domicilio debe realizarse desde el primer momento en que no tengan éxito las notificaciones realizadas en el primer domicilio, ya que no se evitará la nulidad del procedimiento si solo se acude al segundo domicilio en la fase final del procedimiento, pues, de hecho, poder notificar la finalización del procedimiento en otro domicilio útil diferente del domicilio que constaba a la Administración solo será prueba que determine la nulidad de todo lo anterior, dado que, si constaba el segundo domicilio al final del procedimiento, lo lógico es pensar que ese dato se pudo haber obtenido antes y se podría haber notificado todo personalmente, evitando la notificación por anuncios, que es un sistema subsidiario.

3 Las notificaciones electrónicas

3.1 Sujetos obligados

El artículo 14.2 de la LPACAP establece la obligatoriedad de las notificaciones electrónicas para las personas jurídicas; las entidades sin personalidad jurídica; los que ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones

que realicen con las administraciones públicas en ejercicio de dicha actividad –se entienden aquí incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles–; los que representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, y los empleados de las administraciones públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público. Esta obligatoriedad puede verse ampliada reglamentariamente, tal como prevé el quinto apartado del artículo 41.1.

3.2 Práctica de la notificación electrónica

Como ya avanzamos, el artículo 43.1 de la LPACAP determina como únicos sistemas factibles para la práctica de las notificaciones electrónicas la comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o a través de dirección electrónica habilitada única, y establece una estructura bifásica, pues diferencia entre aviso de notificación y notificación propiamente dicha. En efecto, la persona interesada podrá facilitar un dispositivo electrónico o dirección de correo electrónico para recibir el aviso de la notificación. Mientras el aviso de la notificación se recibe en el dispositivo electrónico o correo electrónico facilitado para el efecto, nunca se podrá practicar una notificación ni en el dispositivo electrónico ni en el correo electrónico. Desaparece, por tanto, la posibilidad que se establecía en la anterior Ley 11/2007 de practicar notificaciones en los correos electrónicos.

3.2.1 Estructura bifásica

La mencionada estructura bifásica (aviso y notificación) parte de un esquema muy lógico; sin embargo, entendemos que falla en sus consecuencias prácticas. En efecto, el esquema está diseñado para advertir a los interesados que tienen notificaciones pendientes. Evidentemente, si no hay un aviso previo, sobre todo en los procedimientos iniciados de oficio, el interesado no va a saber que tiene algo pendiente con la Administración, salvo que de forma periódica visite virtualmente las sedes electrónicas de las diferentes y multitud de administraciones o consulte, en caso de que la tenga, su dirección habilitada única. Sin embargo, la ausencia de aviso, de conformidad con el artículo 41.6 de la LPACAP, no afecta a la validez de la notificación. Llama la atención esta ausencia de efectos jurídicos ante la no práctica del aviso, pues el tenor literal del artículo 41.6 de la LPACAP parece establecer la obligación de practicar el aviso siempre que el interesado comunicase un dispositivo electrónico o una dirección de correo electrónico, pues los términos del citado artículo son imperativos –“enviarán”–, con lo cual no tiene sentido que se establezca la obligación cuando ninguna consecuencia jurídica surge de su ausencia. Así, puede ocurrir que la Administración no mande el aviso por no disponer de los datos para enviarlo, ya que el artículo 41.1 establece solo la posibilidad y no la obligación de comunicar los datos para mandar el aviso. En los casos de ausencia de datos, es evidente que la Administración no puede realizar el aviso, siendo lógico en este caso que la ausencia de aviso no afecte a la validez de la notificación. Pero lo que no es lógico es que, si la Administración tiene el dato, la falta de aviso tampoco tenga ninguna repercusión. Entendemos que en este caso el aviso sí tendría que ser obligatorio y, en caso de no practicarlo, la notificación no sería válida. Sin embargo, la ley no distingue los motivos en virtud de los cuales el aviso no se practicó, y otorga la misma consecuencia jurídica, dando validez a toda notificación, con independencia de si hubo o no aviso. Con esta previsión, tampoco afectarían a la validez de la notificación aquellos casos en que la Administración se equivoca y realiza el aviso pero en un número equivocado o en una

Regap



NOTAS

dirección de correo electrónico errónea, siendo muy discutible de adverso que, habiendo dado el interesado sus datos correctamente y por tanto mostrando su voluntad a recibir los avisos, si la Administración posteriormente se equivoca en realizar el aviso por meter mal los datos suministrados por los interesados, ello derive en un perjuicio para el administrado. En efecto, como luego veremos, si la notificación electrónica no se acepta en un plazo de diez días naturales, se entiende rechazada y con las consecuencias previstas en el artículo 41.5 LPACAP, es decir, se entiende cumplido el trámite y continúa el procedimiento. Dicho esto, si la Administración se equivoca en el aviso, es factible que tengamos un procedimiento íntegramente y válidamente notificado sin conocimiento por parte del interesado. Entendemos que no es este el espíritu de la ley y, por tanto, habrá que esperar a los pronunciamientos de los tribunales para que se aclaren los casos en que la ausencia o el error en el aviso no afectan a la validez de la notificación.

En este aspecto destaca la solución establecida por la Ley gallega de medidas 2/2017. En efecto, la citada ley prevé, en su artículo 30.3, para los procedimientos iniciados de oficio cuyos destinatarios están obligados a recibir notificaciones electrónicas, la posibilidad de realizar, a mayores del aviso, una comunicación en papel en el domicilio del interesado. En tal comunicación se le recordará al interesado su obligación de relacionarse por medios electrónicos con la Administración, se le informará de la creación de oficio de la dirección electrónica habilitada única y de la forma de acceso al sistema, y se le indicará que tiene disponible en ella una notificación electrónica, así como las consecuencias legales de no acceder a ella en el tiempo establecido legalmente. En relación con esta comunicación, cabe decir que su virtualidad tampoco parece que sea mayor que la del aviso, pues el tenor literal de la Ley gallega de medidas 2/2017 la establece como una mera posibilidad a practicar por el órgano notificante, con lo cual, en ausencia de ella, entendemos que no procedería nunca declarar la nulidad del procedimiento.

3.2.2 Funcionamiento

De conformidad con el artículo 43 LPACAP, las notificaciones electrónicas se podrán realizar a través de comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante o a través de la dirección electrónica habilitada única. Hay que precisar que el régimen jurídico de las sedes electrónicas y de la dirección habilitada única se encuentra fuera de la LPACAP, siendo conveniente tener en cuenta cuál es la normativa que es de aplicación.

Y así, en relación con la sede electrónica, a nivel estatal, cabe tener en cuenta los artículos 3 a 8 (no derogados) del RD 1671/2009, en que se establece el régimen jurídico de las diferentes sedes electrónicas de los órganos de la Administración general del Estado y de sus organismos públicos vinculados o dependientes.

A nivel autonómico, la sede electrónica de la Xunta de Galicia aparece configurada en el artículo 8 del Decreto 198/2010, de 2 de diciembre, que regula el desarrollo de la Administración electrónica en la Xunta de Galicia y en las entidades de ella dependientes, y la define como la dirección electrónica a través de la cual los ciudadanos acceden a la información, a los servicios y a los trámites electrónicos, que representa una fuente de información auténtica en la que el organismo titular identificado con la sede garantiza responsablemente la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que se pueda acceder a través de esta.

Por otro lado, en relación con la dirección habilitada única, hay que citar el artículo 38 del mencionado RD 1671/2009, que establece que serán válidos los sistemas de notificación electrónica a través de dirección electrónica habilitada siempre que cumplan, al menos, los siguientes requisitos:

- a) Acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación.
- b) Posibilitar el acceso permanente de los interesados a la dirección electrónica correspondiente, a través de una sede electrónica o de cualquier otro modo.
- c) Acreditar la fecha y hora de acceso a su contenido.
- d) Poseer mecanismos de autenticación para garantizar la exclusividad de su uso y la identidad del usuario.

Existirá un sistema de dirección electrónica habilitada para la práctica de estas notificaciones que quedará a disposición de todos los órganos y organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración general del Estado que no establezcan sistemas de notificación propios. La creación puede ser voluntaria para los interesados que así lo soliciten, pero también se puede crear de oficio por parte de la Administración cuando la notificación electrónica sea obligatoria y el destinatario no tenga creada previamente su dirección habilitada única.

Frente al régimen estatal, y en términos muy similares, a nivel autonómico deben tenerse en cuenta los artículos 29 y 30 de la Ley gallega de medidas 2/2017. Y así, el artículo 29, relativo a los interesados que no están obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con la Administración, establece cómo podrán solicitar la creación de su dirección habilitada única para recibir a partir de ese momento las notificaciones a través de medios electrónicos en cualquier procedimiento administrativo tramitado por la Administración general y del sector público autonómico, y concreta que en los procedimientos iniciados a instancia de parte, cuando el interesado elija en el modelo normalizado de solicitud que la notificación en ese procedimiento se practique por medios electrónicos, la Administración creará su dirección habilitada única. En estos casos, la creación de su dirección electrónica habilitada implicará que las notificaciones que deban cursarse con el interesado se realizarán preferentemente por vía electrónica, sin perjuicio de su derecho a decidir y a comunicar en cualquier momento a la Administración pública que las notificaciones sucesivas se dejen de practicar por medios electrónicos. En particular, en los sucesivos procedimientos iniciados a solicitud del interesado, la notificación en cada una de ellas se practicará por el medio señalado al efecto por aquel en el modelo normalizado de solicitud.

A la vista del citado artículo 29, fácilmente se puede interpretar que la creación voluntaria de una dirección habilitada única, con independencia de cuál sea el motivo de creación, determina *per se* que todas las notificaciones posteriores deban realizarse electrónicamente hasta que el interesado, que no está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, manifieste lo contrario. Es decir, para la Ley gallega de medidas 2/2017, la creación de la dirección habilitada única en estos casos es una determinación del modo en que una persona quiere recibir las notificaciones. En estos casos, no plantean problemas los procedimientos iniciados a instancia de parte, pues el interesado sabrá de su existencia y además en la solicitud se le volverá a preguntar por el modo en que quiere ser notificado.

Regap



NOTAS

Sin embargo, sí plantean problemas los procedimientos iniciados de oficio, los cuales son desconocidos para el particular hasta la notificación del acuerdo de iniciación. Y así, si el interesado tiene creada la dirección habilitada única, se le va a notificar electrónicamente, aun a pesar de no estar obligado a ello. Hay que advertir que la dirección habilitada única, como su nombre indica, es única para toda la Administración, con lo cual podemos encontrarnos con casos en que se haya creado una dirección habilitada única para un procedimiento muy concreto y, posteriormente, un departamento diferente de la misma Administración use esa dirección habilitada única para entender que el particular quiere recibir electrónicamente la notificación de un procedimiento iniciado de oficio, cuando no está obligado a ello. Esta vinculación de la ley gallega plantea problemas cuando, haciendo uso de los artículos 41.1 LPACAP y 31 de la Ley gallega de medidas 2/2017, las administraciones amplíen reglamentariamente la obligación de practicar electrónicamente las notificaciones para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios. En efecto, es perfectamente factible que un interesado que no está obligado a relacionarse electrónicamente tenga creada su dirección habilitada única porque reglamentariamente se le haya exigido para un procedimiento concreto y la pregunta lógica que surge es si, solo por tener creada esta dirección habilitada única, el resto de los procedimientos le serán notificados electrónicamente. Es cierto que la vinculación que estamos analizando, de conformidad con el tenor literal del artículo 29, solo habla de creación voluntaria y los supuestos de ampliación serán creaciones obligatorias; no obstante, o bien se limita la utilización de la dirección habilitada única a ese procedimiento concreto para el que fue creada, o el efecto que se va a producir es que en el sistema va a saltar que la dirección habilitada única está creada y, por tanto, la notificación que debe practicarse es la electrónica, pudiendo producirse un vicio en el modo de practicarse la notificación, pues ni está obligado a recibir la notificación electrónica, ni la ha escogido expresamente.

Por otro lado, para los interesados que estén obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con la Administración, el artículo 30 de la Ley gallega de medidas 2/2017 establece la necesidad de tener creada la dirección habilitada única y, en caso de no tenerla, se habilita a la Administración para que la cree de oficio. Como ya hemos visto anteriormente, la Ley gallega de medidas 2/2017 no solo permite a la Administración crear de oficio la dirección habilitada única cuando haya que realizar una notificación electrónica a quien esté obligado, sino también para poner a disposición del interesado la notificación en papel y cumplir así con la obligación que impone el artículo 42.1 LPACAP.

El artículo 43 LPACAP permite realizar la notificación a través de sede electrónica, de dirección habilitada única o bien a través de ambos sistemas, y es en este punto donde entendemos que tiene cabida la novedosa mención del artículo 41.7, que prevé la preferencia para aquellos casos en que haya un supuesto de doble notificación. En efecto, el citado artículo 41.7 establece que en los casos en que se haya notificado por distintos cauces, se tomará como fecha de notificación la que se hubiera producido en primer lugar. Pues bien, en aquellos casos en que se ponga la notificación electrónica a disposición del interesado, tanto en sede electrónica como en dirección habilitada única, en caso de que acceda a las dos notificaciones, la que se tendrá en cuenta será la primera de ellas.

Centrándonos ya en la notificación propiamente dicha, el artículo 43 LPACAP ya aclara lo que se entiende por tal al establecer que es el acceso al contenido de la notificación.

El artículo 43.2 diferencia cuándo hay o no acceso al contenido de la notificación. Y así, cuando se accede a dicho contenido, será ese momento el que se tenga en para los efectos de considerar practicada la notificación. Por el contrario, cuando no se acceda al contenido de la notificación, el citado artículo establece que se entenderá rechazada una vez que transcurran diez días naturales desde la puesta a disposición. En relación con el no acceso, hay que hacer dos precisiones. Primero, destaca que los días son naturales y no hábiles, con lo cual los sábados, domingos y festivos entran en el cómputo. Segundo, de conformidad con el artículo 43.3, se entenderá cumplida la obligación de notificar en el plazo máximo de duración de los procedimientos, con la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica de la Administración o en la dirección habilitada única, es decir, habrá que esperar los diez días naturales para entender rechazada la notificación, pero, una vez que este rechazo tiene lugar, la eficacia y validez de la notificación se retrotrae al momento en que esta se puso a disposición del administrado para los efectos mencionados.

Evidentemente, el cambio con el anterior sistema es enorme, pues, en el caso de notificación electrónica, recae sobre el administrado la carga de acceder a la sede electrónica de la Administración o a la dirección habilitada única. Es cierto, como ya hemos visto, que puede existir un aviso previo, pero en tanto que su ausencia no priva de eficacia a la notificación, la ausencia de dicho aviso no garantiza la inexistencia de notificaciones pendientes de acceso. Esto debe conectarse con lo establecido en el segundo apartado del artículo 43.2, pues, transcurridos diez días naturales sin acceder al contenido de la notificación, ésta se entenderá rechazada con los efectos previstos en el artículo 41.5 LPACAP, es decir, se entenderá efectuado el trámite y continuará el procedimiento, lo que dará lugar a situaciones poco deseadas para los administrados, como, por ejemplo, que transcurran los plazos para la interposición de los recursos administrativos o contencioso-administrativos que correspondan, con lo que queda el acto firme y consentido para todos los efectos.

En este sentido, surgen dudas sobre la equiparación de un rechazo expreso en las notificaciones en papel y un rechazo tácito de la notificación electrónica, en el sentido de si procede o no darle el mismo tratamiento jurídico. Y así, destaca la Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de julio de 2017, que en materia de notificaciones electrónicas tributarias (con idéntico régimen al aspecto ahora tratado) reproduce los argumentos del Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de febrero de 2012 y en la que equipara el rechazo de la notificación en papel con la falta de acceso al correo electrónico. Por lo tanto, a la vista de lo anterior, con independencia de cuál sea la causa por la que no se accede a la notificación electrónica, las consecuencias son las mismas que si hay un rechazo expreso de la notificación en papel.

3.3 Cómputo de plazos

Recopilando lo ya mencionado para las notificaciones electrónicas, podría darse el supuesto, no tan raro, de que todo un procedimiento, por ejemplo un procedimiento sancionador que se inicia de oficio por parte de la Administración, incluida la resolución final, fuese notificado mediante la puesta a disposición del administrado en la sede electrónica de la Administración actuante pero sin aviso previo. Transcurren en cada trámite notificado diez días naturales sin acceder al contenido. Las notificaciones son todas válidas, se consideran rechazadas y

regap



NOTAS

continúa el procedimiento hasta su resolución final. El procedimiento se entiende terminado el día de la puesta a disposición y no el día en que transcurran los diez días, es decir, operaría la validez de la notificación con efectos retroactivos, surgiendo entonces la pregunta de si deben descontarse estos diez días naturales para el cómputo de los recursos procedentes. Por un lado, hay que precisar que el artículo 43.3 establece la consideración del día de la puesta a disposición como el día a tener en cuenta solo a los efectos de entender realizada la notificación en el plazo máximo de duración del procedimiento; por lo tanto, entendemos que ese día de la puesta a disposición no sería aplicable para el cómputo de los plazos de los recursos. Así pues, entendemos que habrá que manejar para una misma notificación dos fechas diferentes en función de qué plazo se esté computando, pues para el plazo máximo de notificación será el día de la puesta a disposición y para el plazo de recursos será el día en el que transcurran los diez días naturales.

Un debate similar se planteó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2016. El supuesto de partida era que, después de hacer los dos intentos de la notificación, el interesado la recogió días más tarde en la oficina de correos. El interesado recurrió el acto partiendo de la fecha en la que recogió la notificación en la oficina de correos; sin embargo, la Administración declaró extemporáneo el citado recurso, pues entendía que la fecha a tener en cuenta era la del segundo intento. El Supremo dio la razón al recurrente y dijo expresamente:

“Amparamos esta tesis en los siguientes argumentos:

1. El precepto en cuestión se refiere, cabalmente, al momento en que se tiene por cumplida la obligación de notificar en plazo, que se fija en la fecha del intento de notificación debidamente acreditado. Parece claro que si el legislador hubiera querido estar exclusivamente al momento concreto de la notificación (cuando, como es el caso, ésta tiene efectivamente lugar) así lo habría establecido expresamente.

2. Acoger como fecha relevante a efectos de caducidad solo la de la notificación de la resolución al interesado no solo supondría inaplicar aquel precepto, sino privarle de su finalidad, que no es otra que la de equiparar a la notificación (a los solos efectos de respetar el plazo de duración del procedimiento) el intento válidamente efectuado y constatado en el expediente.

3. Esta es la tesis que se deriva de la jurisprudencia de esta Sala anterior y posterior a la sentencia del Pleno de 3 de diciembre de 2013: el intento de notificación es el determinante para entender cumplida la obligación de resolver en plazo, aunque una doctrina anterior a aquella sentencia se refería a la forma concreta de acreditar la realización de dicho intento (la constancia por la Administración del intento infructuoso, situado entonces como fecha determinante para cumplir aquella obligación).

4. La interpretación anterior se refiere, exclusivamente, al supuesto de hecho que el artículo 86.4 de la Ley 30/1992 contempla, esto es, para entender cumplido el deber de resolver los procedimientos en plazo. Distinto es el caso, como ya ha señalado esta Sala, de la eficacia del acto notificado, que se despliega a partir de la notificación, momento en el que empiezan a correr los plazos de impugnación en sede administrativa o en vía judicial.”

Más problemas plantea la interpretación del artículo 43.3 en aquellos casos en que sí se ha accedido a la notificación electrónica en el plazo de los diez días. Imaginemos que solo

nos quedan ocho días para notificar la resolución final de un procedimiento sancionador. La notificación se pone a disposición del interesado el día en que aún faltan esos 8 días. Si no hay acceso a la notificación, el procedimiento no estará caducado, pues, como hemos visto, el día final será el día de la puesta a disposición. Pero, si el interesado agota el plazo de los diez días naturales que tiene para acceder al contenido de la notificación y accede el día 10, la notificación se entiende realizada ese día 10 y por tanto fuera del plazo máximo de tramitación del procedimiento. Si aplicamos una interpretación literal del artículo 43.3, parece que siempre hay que estar al momento de la puesta a disposición, pues dicho precepto no diferencia si hay o no hay acceso al contenido de la notificación. Con esta solución se elimina también inseguridad jurídica en el cómputo de los plazos, pues no va a depender de la voluntad de los interesados determinar el día final del plazo. No obstante, cabe decir que, si conectamos el artículo 43.3 con el artículo 40.4, parece hablar de intento de notificación y por tanto excluiría el supuesto en que la notificación es aceptada, pues no estaríamos ante un intento, con lo cual podría ser que un mismo procedimiento sancionador estuviera caducado para el interesado que ha accedido a la resolución final agotando el plazo de los diez días que antes mencionábamos y ese mismo procedimiento no caduque para otro interesado que no ha accedido a la notificación electrónica (advirtase que este no acceso puede que no sea voluntario, pues no sería extraño que el procedimiento sancionador se inicie y termine sin ningún conocimiento por parte del interesado, sobre todo en aquellos casos en que no se realiza el aviso). Por lo tanto, para evitar sorpresas y mientras los tribunales no resuelvan esta cuestión relativa al cómputo de plazos, sería aconsejable que la resolución final de los procedimientos sancionadores siempre se haga con el margen mínimo de diez días naturales para evitar incurrir en caducidades.

Y, para terminar con el asunto del cómputo de los plazos, procede traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 31 de marzo de 2016, en la que se determina cómo debe computarse el transcurso del plazo de los diez días naturales. El pronunciamiento lo fue al amparo de la derogada Ley 11/2007, pero cabe decir que el tema del cómputo de los plazos es idéntico a lo establecido en la actual ley, con lo cual fácilmente se puede entender que lo mencionado en esta sentencia es aplicable a la LPACAP. Y, así, establece expresamente: *“La cuestión es cuando se entiende notificado el Requerimiento que fue puesto a disposición de la parte actora el día 11/10/2012 a las 21:05 horas.*

El artículo 28.3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio (RCL 2007, 1222 y 1293), de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, bajo la rúbrica de “Práctica de la notificación por medios electrónicos”, dispone lo siguiente: “Cuando, existiendo constancia de la puesta a disposición, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el art. 59.4 de la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común y normas concordantes, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso.

En aplicación de este precepto, consideramos que el plazo de diez naturales se computa desde las 00:00:01 horas del día siguiente a la puesta a disposición –desde las 00:00:01 horas del día 12/10/2012– y termina a las 24:00:00 del día 21/10/2012. Una vez transcurrido el día diez, se entiende que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. No existe, realmente, controversia en cuanto

Regap



NOTAS

al cómputo de este plazo de diez días. El plazo de diez días se extiende desde las 00:00:01 del día 12/10/2012 y termina a las 24:00:00 horas del día 21/10/2012."

3.4 La notificación por edictos

Otro debate que se plantea se centra en determinar si procede o no acudir a la notificación edictal en los casos de las notificaciones electrónicas, pues, como ya hemos visto, si en el plazo de diez días naturales el interesado no accede al contenido de la notificación, esta se entenderá rechazada. Y, de conformidad con el artículo 41.5, si hay rechazo de la notificación, el trámite se da por efectuado y continúa el procedimiento. Parece que, haciendo una interpretación literal de los artículos mencionados, las notificaciones electrónicas están excluidas del ámbito de aplicación del artículo 44, el cual literalmente menciona las notificaciones infructuosas, y, si bien es cierto que existen diferentes posturas doctrinales al respecto, entendemos muy acertadas las previsiones de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de julio de 2016, que analizó un supuesto muy similar al debate que estamos analizando. En efecto, en la sentencia citada se parte de una notificación electrónica realizada con todas las formalidades exigidas (evidentemente, analiza la normativa anterior de la Ley 11/2007), pero que no fue aceptada en el plazo de diez días naturales, por lo cual el trámite se consideró realizado y continuó el procedimiento. La parte actora planteaba la necesidad de realizar dos intentos, no solo uno, por aplicación del artículo 59.2 de la Ley 30/1992, y la sentencia contestó: *"Pero estas normas no pueden ser de aplicación en el caso de la notificación electrónica, no sólo por el hecho de que el legislador establece un régimen jurídico distinto, sino también porque dicha regulación no obedece a una motivación arbitraria; lejos de ello, la diferencia en el tratamiento jurídico es razonable. En efecto, no tiene sentido acudir a la vía edictal, pues la notificación sí ha sido posible desde el momento en que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la norma. Tampoco tiene sentido intentar una segunda notificación, pues la norma no la exige, ya que se tiene la certeza de que aquella se encuentra a disposición del solicitante. Otra cosa es que el destinatario no acceda a su contenido en plazo por causas a él no imputables, lo que deberá alegar y justificar"*. A la vista de este pronunciamiento y teniendo en cuenta la interpretación literal de los artículos citados, hay que considerar que el artículo 44 no es de aplicación para las notificaciones electrónicas.

3.5 Supuestos excluidos

Finalmente, el artículo 41.2 establece dos prohibiciones para la realización de las notificaciones electrónicas que abarca los supuestos en que el acto que hay que notificar contenga elementos no susceptibles de convertirse a formato electrónico y las que contengan medios de pago a favor de los obligados, como puede ser un cheque.

Y, a mayores, el artículo 41.1, párrafo segundo, establece la posibilidad de no practicar la notificación electrónica cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado ante las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento y cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

En relación con este segundo supuesto, cabe decir que de esta manera se introduce la figura del agente notificador. No obstante, la eficacia de este medio de notificación depende de que se cumplan el resto de los requisitos establecidos para la validez de las notificaciones, es decir, debe quedar constancia del envío, de la recepción, de sus fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y del destinatario. A la vista de lo anterior, no habrá problema en estas notificaciones cuando las diferentes administraciones cuenten con un cuerpo de agentes notificadores, pero para aquellas otras que no dispongan de este cuerpo de agentes notificadores la recomendación es que la notificación sea practicada por funcionarios que tengan la condición de autoridad pública, ya que, de conformidad con el artículo 77.5, de la LPACAP: *“Los documentos formalizados por los funcionarios a los cuales se reconoce la condición de autoridad y en los cuales, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquellos, harán prueba de estos salvo que se acredite lo contrario.”*

En relación con este último aspecto, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2017. En este supuesto se analizó la corrección de una notificación llevada a cabo a través de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado ante la imposibilidad de poder practicar la notificación correspondiente. En este supuesto el interesado se había visto privado de su correo corporativo y se negaba a recibir las notificaciones en su correo particular. Ante esta actitud obstructiva, se decidió acudir a la notificación a través de un miembro del Cuerpo Nacional de Policía. El Supremo entendió que esta manera de notificar, además de permitir al interesado conocer el acto y defenderse de él, cumplía con la normativa vigente en ese momento, pues el artículo 59.1 de la LRJ-PAC permitía realizar las notificaciones por cualquier medio que posibilite tener constancia de la recepción por el interesado, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado. Pues bien, ahora, la posibilidad de acudir a esta manera de notificar ya aparece expresamente en el precepto que estamos ahora analizando.

regap



NOTAS

4 Referencias jurisprudenciales

AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8.ª). Sentencia de 25 de noviembre de 2011, recurso de apelación n. 67/2011.

AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentencia de 19 de julio de 2016, recurso n. 573/2013.

AUDIENCIA NACIONAL (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentencia de 13 de julio de 2017, recurso n. 50/2015.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE EXTREMADURA (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª). Sentencia de 31 de marzo de 2016, recurso n. 326/2015.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Sentencia de 28 de octubre de 2004, recurso de casación en interés de ley n. 70/2003.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª). Sentencia de 12 de mayo de 2011, recurso de casación n. 142/2008.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia de 26 de mayo de 2011, recurso de casación n. 5423/2008.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia de 29 de septiembre de 2011, recurso de casación n. 1529/2011.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a). Sentencia de 20 de julio de 2012, recurso de casación n. 4189/2011.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.^a). Sentencia de 22 de noviembre de 2012, recurso de casación n. 6281/2010.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a). Sentencia de 8 de mayo de 2016, procedimiento especial de protección de derechos fundamentales n. 4820/2016.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). Sentencia de 14 de octubre de 2016, recurso de casación n. 2109/2015.

TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a). Sentencia de 13 de junio de 2017, recurso de casación n. 2638/2015.

Xurisprudencia contencioso-administrativa

Jurisprudencia contencioso-administrativa

Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁ CERES

Magistrado (Galicia, España)
fcominges@poderjudicial.es

Regap



NOTAS

Sumario: 1 Administración local. 1.1 Falta de legitimación del ayuntamiento para exigir la imposición de una sanción disciplinaria a su secretario-interventor por la comisión de infracciones graves o muy graves. 1.2 Competencias de los ayuntamientos en materia de telecomunicaciones (estaciones de telefonía móvil). 1.3 Obligaciones de los ayuntamientos respecto de la conservación de los caminos rurales en su término municipal. 1.4 Competencia del aparejador municipal para informar instrumentos de planeamiento urbanístico. 2 Colegios profesionales. 2.1 Ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia para regular la materia de colegios profesionales. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Valoración de finca edificada en suelo urbano consolidado, calificada en el planeamiento urbanístico como sistema general viario. 3.2 Carácter no indemnizable del demérito de una vivienda por la situación de fuera de ordenación y la pérdida de calidad de vida que les supuso a sus moradores la ejecución de una autopista en sus inmediaciones. 4 Medio ambiente y urbanismo. 4.1 Declaración de nulidad de un plan general por falta de justificación del notable incremento de densidad de vivienda previsto en él. 4.2 Modificación puntual de plan general para establecer y regular el uso de crematorio. Omisión de evaluación ambiental estratégica. 4.3 Información en materia de medio ambiente. Derecho de acceso a los expedientes de concesiones mineras y de obtención de copia de los documentos obrantes en ellos. 4.4 Normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos en Galicia. 5 Personal. 5.1 Nombramiento fraudulento de personal funcionario temporal para cubrir necesidades estructurales o permanentes de la Administración. Derecho a mantenerse en el puesto hasta que se cubra mediante el procedimiento legalmente establecido o se amortice. 5.2 Los funcionarios interinos carecen de derecho indemnizatorio por su cese en legal forma. Inaplicabilidad del precedente de la Sentencia del TJUE “De Diego Porras” a las relaciones funcionariales. 5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fuera de su horario laboral una actividad docente sin autorización previa de compatibilidad. 5.4 Aptitud de los ingenieros de caminos para desempeñar jefaturas de servicio de la Xunta de Galicia relacionadas con el urbanismo y el medio ambiente. Improcedencia de reservar dichas jefaturas exclusivamente a arquitectos. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Medidas cautelares. Ponderación de los intereses en conflicto. Prevalencia de los vinculados a la protección del medio ambiente sobre los económicos del promotor de una actividad industrial. 6.2 Responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria de una mutua de accidentes de

trabajo y enfermedades profesionales: competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia. 6.3 Reclamación contra el Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos constructivos en viviendas de protección. Competencia de la jurisdicción civil. 7 Tributos. 7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía). 7.2 Excepcionalidad de la notificación de liquidaciones mediante publicación por edictos. Debe investigarse el domicilio actual del sujeto pasivo para practicar la notificación personal. 7.3 Impuesto de bienes inmuebles (IBI). Las academias de policía no se benefician de la exención correspondiente a centros públicos de enseñanza. 7.4 Cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público a operadoras de telecomunicaciones. Inaplicabilidad del tipo del 1,5% de los ingresos de facturación establecido en la legislación de haciendas locales. 8 Turismo. 8.1 Reglamento regulador de los apartamentos y viviendas turísticas en Galicia. 9 Universidades. 9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo.

1 Administración local

1.1 Falta de legitimación del ayuntamiento para exigir la imposición de una sanción disciplinaria a su secretario-interventor por la comisión de infracciones graves o muy graves

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia –TSJG–, en su sentencia de 27 de septiembre de 2017 (Rec. 172/2017, ponente: Seoane Pesqueira), confirmó en apelación la inadmisión del recurso promovido por un ayuntamiento contra la resolución de la Dirección Xeral de Administración Local de la Xunta de Galicia que desestimó la denuncia formulada por aquel contra su secretaria-interventora por la posible comisión de infracciones graves o muy graves, con la siguiente motivación:

«(...) Tal como se desprende del estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina general sobre la legitimación activa en interpretación del artículo 19 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, presenta peculiaridades propias cuando, habiéndose seguido un determinado procedimiento sancionador o disciplinario, el denunciante en el mismo pretende combatir la resolución del órgano administrativo competente para dilucidarla, sea imponiendo una sanción o acordando el archivo. Así, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene apreciando la falta de legitimación de los recurrentes en supuestos asimilables al actual, es decir, en asuntos en los cuales el denunciante que provoca con su denuncia un expediente sancionador o disciplinario por parte de la Administración pretende recurrir jurisdiccionalmente la decisión al respecto del órgano administrativo correspondiente. (...) Debe tomarse nota de que el Tribunal Supremo se está refiriendo, en estos casos, a recurrentes que, como en el nuestro, se consideraban directamente perjudicados por la actitud denunciada, y, pese a ello, les deniega la legitimación. La doctrina indicada supone dar por buenas las siguientes afirmaciones, que se encuentran explícita o implícitamente contenidas en la misma:

a) La facultad de denunciar un hecho perseguible de oficio por la Administración no concede al denunciante la condición de parte interesada, ni la posibilidad por tanto de recurrir, incluso cuando, sin perjuicio de que la Administración lo pueda perseguir de oficio, el hecho ha causado o puede haber causado un perjuicio directo al denunciante.

b) El ejercicio de acciones sancionadoras o disciplinarias solo concluye en su caso con la imposición de una sanción al denunciado, pero no con la reparación material al denunciante,

ni en el sentido de una indemnización ni en el de la revocación de la actuación jurisdiccional realizada.

c) El mero interés moral que, por tanto, resta al denunciante de que se sancione al denunciado no es suficiente para fundamentar su legitimación.

(...) El argumento crucial en esta materia es que el denunciante, incluso cuando se considere a sí mismo víctima de la infracción denunciada, no tiene un derecho subjetivo ni un interés legítimo a que el denunciado sea sancionado. El poder punitivo pertenece únicamente a la Administración que tiene encomendada la correspondiente potestad sancionadora y, por consiguiente, solo la Administración tiene un interés tutelado por el ordenamiento jurídico en que el infractor sea sancionado.

Es verdad que las cosas no son así en el derecho penal propiamente dicho, donde existe incluso la acción popular; pero ello es debido a que hay normas que expresamente establecen excepciones al monopolio público sobre el ejercicio del ius puniendi, excepciones que no aparecen en el derecho administrativo sancionador. Es más: aceptar la legitimación activa del denunciante no solo conduciría a sostener que ostenta un interés que el ordenamiento jurídico no le reconoce ni protege, sino que llevaría también a transformar a los tribunales contencioso-administrativos en una especie de órganos de apelación en materia sancionadora. Esto último supondría dar por bueno que pueden imponer las sanciones administrativas que no impuso la Administración, lo que chocaría con el llamado carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa. En otras palabras, los tribunales contencioso-administrativos pueden y deben controlar la legalidad de los actos administrativos en materia sancionadora; pero no pueden sustituir a la Administración en el ejercicio de las potestades sancionadoras que la ley encomienda a aquella.

(...) En el caso presente hay que añadir que el apartado 10 del artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases de régimen local, en la redacción que le ha dado la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, atribuye al órgano competente de la corporación local la competencia para la incoación de expediente disciplinario al funcionario con habilitación de carácter nacional (condición que reúne la señora xxxxxx, en cuanto secretaria-interventora) cuando los hechos que se imputan pudieran ser constitutivos de falta leve, mientras que corresponde a la comunidad autónoma, respecto de los funcionarios de corporaciones locales en su ámbito territorial, cuando los hechos denunciados pudieran ser constitutivos de falta grave tipificada en la normativa básica estatal. Por tanto, la corporación local ni es competente para la incoación respecto a faltas graves o muy graves, ni está legitimada para impugnar la resolución del órgano correspondiente de la comunidad autónoma que deniega la apertura de expediente disciplinario por faltas graves, pues con ello se entrometería en lo que constituye competencia de este último órgano, todo ello sin perjuicio de que acuerde la incoación por falta leve si considerase que existen motivos para ello».

1.2 Competencias de los ayuntamientos en materia de telecomunicaciones (estaciones de telefonía móvil)

En la Sentencia del TSJG (Secc. 2.ª) de 9 de noviembre de 2017 (Rec. 4156/2014, ponente: Recio González) se declaró la nulidad de una parte de la ordenanza del Concello de Vilagarcía de Arousa reguladora de las condiciones urbanísticas de la instalación y funcionamiento de

regap



NOTAS

los equipos de telecomunicaciones, por establecer varias restricciones que invaden el ámbito competencial exclusivo estatal sobre la regulación técnica de las estaciones de telefonía móvil. Se afirma en la sentencia lo siguiente al respecto:

«(...) El artículo 14 de la ordenanza recurrida podría conculcar lo dispuesto en el artículo 34 de la LGTEL, en el artículo 72.1 de la LJCA, en los artículos 4, 8 y 12 de la Ley 3/2013 y en el artículo 149.1.21 de la CE.

Respecto de la sujeción a licencia, dispone el artículo 14 de la ordenanza impugnada que “(...) las estaciones de radio o instalaciones quedarán sujetas a la obtención de licencias municipales y de actividad en los siguientes casos: – Que la superficie que ocupen sea de más de 300 metros cuadrados, computándose a este efecto toda la superficie incluida dentro del vallado de las instalaciones de la estación. – En cuanto a las construcciones nuevas, que tengan un impacto en áreas naturales protegidas. – Que tengan un impacto en el patrimonio histórico-artístico. – Que tengan un impacto en el uso privado y la ocupación de activos de dominio público. 2. Para la instalación y el funcionamiento de los equipos y elementos de telecomunicaciones será necesaria la previa presentación y aprobación del plan de implantación y estas deberán ajustarse a sus disposiciones o a las actualizaciones progresivas”.

Considera la demandante que con esta redacción se olvida la LGTEL y jurisprudencia aplicable, en concreto el artículo 34.6, y que es contrario a la normativa comunitaria, que hay que acudir al artículo 71 bis de la Ley 30/1992 –declaración responsable y comunicación previa–; no tiene competencias la Administración local respecto al plan, y que no necesitan de licencia de actividad. Que no se señala el procedimiento a seguir para la presentación del plan. Considera imposible presentar un plan. Que son cuestiones técnicas. Y que no se puede exigir la aportación de documentación ya aportada. Se remite a los artículos 34 y 35 de la LGTEL, artículos 7 y concordantes de la Ley 3/2013, y artículo 149.1.21 de la CE.

La parte demandada señala que el plan es para garantizar una buena cobertura territorial mediante la disposición geográfica de la red y la adecuada ubicación de las antenas y protección de edificios o conjuntos catalogados, vías públicas y paisaje urbano; pero de la lectura de dicho artículo 14.2 se deduce que se trata de cuestiones técnicas que, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia inicialmente expuesta, son de competencia estatal, por lo que procede su anulación. Asimismo, y con relación al resto del precepto, tiene razón la parte demandante en cuanto que el régimen aplicable actualmente exige la declaración responsable-comunicación previa, no la licencia, por lo que procede la anulación del artículo 14 en cuanto establece excepciones a dicho régimen.

– Las disposiciones transitorias: (...). Tercera disposición transitoria: “Dentro de un período de 1 mes a partir de la entrada en vigor de esta ordenanza, todas las instalaciones existentes en el Concejo Municipal deben certificar el cumplimiento de los límites de referencia del RD 1066/01, con la copia de la última certificación requerida presentada al Ministerio de Industria”.

La parte demandante sostiene la producción de las mismas vulneraciones; que se vulnera el principio de colaboración entre administraciones, artículo 34.4; imprecisión jurídica en la redacción de lo que se exige; que se trata de una competencia estatal; se vulnera el artículo 69 de la LGTEL, porque se dificulta el impulso de las redes de telecomunicación. (...).

De acuerdo con la jurisprudencia inicialmente referida, respecto del reparto competencial en esta materia, ha de entenderse que con la DT se invaden competencias estatales, al tratarse de cuestiones técnicas, por lo que procede su anulación y, en atención a lo expuesto, la estimación parcial de la demanda, con la anulación de los preceptos siguientes: el artículo 14.1 en cuanto contempla excepciones al régimen actualmente aplicable respecto de la comunicación previa y declaración responsable; el artículo 14.2 y la DT 3.ª».

1.3 Obligaciones de los ayuntamientos respecto de la conservación de los caminos rurales en su término municipal

El TSJG (Secc. 2.ª), en su sentencia de 27 de julio de 2017 (Rec. 4545/2016, ponente: Fernández Conde), analizó la extensión de la obligación competencial de los ayuntamientos sobre la conservación de sus caminos rurales, con las siguientes conclusiones:

«(...) incumbe al Ayuntamiento apelante el adecuado mantenimiento y conservación del camino público, en condiciones aptas para el tránsito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local, Ley 7/1985, de 2 de abril (...) y en virtud del artículo 26.1 a) del mismo texto legal (...). Sin embargo, este deber de mantenimiento conservación, seguridad y vigilancia no puede extenderse más allá de la exigencia en una extensión e intensidad determinadas por el estándar exigible que viene dado por lo adecuado y normal para las circunstancias de lugar y uso del camino –la vía–, quedando probado en la instancia que se trata de un camino en zona rural, camino de montaña para dar servicio a una aldea con tres edificaciones, y que aun cuando se haya convertido en un complejo turístico rural, ello no atribuye al camino de acceso otra naturaleza distinta a la de ser un “camino rural” y de montaña, por lo que el grado de mantenimiento y conservación debe ser el de los múltiples existentes de esta condición y no el de una carretera convencional, con lo que las exigencias en su mantenimiento no pueden ser equivalentes (...). Entendemos como obras de conservación aquellas que se limitan a mantener el camino en condiciones de tránsito adecuado; tampoco podría entenderse como tales aquellas que alteran las características morfológicas del mismo (...). No por ello ha de obligarse a la Administración a asumir la ejecución de aquellas que exceden de las propias de conservación y mantenimiento del camino público, y no son de esta naturaleza las que se señalan en el informe, porque implican una modificación del camino en el que habrían de ejecutarse desmontes, taludes, ampliación de calzada, rebajes de pendiente, rectificadores, etc.; una eventual concurrencia de deficiencias habilitaría para implementar razonablemente la adopción de medidas necesarias para mantener el camino en condiciones de seguridad, conforme, claro está, a su naturaleza de camino rural, pero no autoriza a que se le aplique un tratamiento que convierta el camino rural en una carretera dando un resultado muy cercano al que le correspondería si lo fuera, pues no es su naturaleza».

1.4 Competencia del aparejador municipal para informar instrumentos de planeamiento urbanístico

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) de 25 de julio de 2017 (ponente: De Oro-Pulido López, Rec. 2860/2016) confirmó la competencia del arquitecto técnico municipal del Ayuntamiento de Baiona para informar desfavorablemente un estudio de detalle de iniciativa privada, con los siguientes argumentos:

Regap



NOTAS

«(...) *Interesa ante todo señalar, de una parte, que la disposición adicional de la referida Ley 12/1986 establece que “lo establecido en la presente ley no será directamente aplicable a los arquitectos e ingenieros técnicos vinculados a la Administración pública por una relación de servicios de naturaleza jurídica administrativa, los cuales se registrarán por sus respectivas normas estatutarias”, y, de otra, que la argumentación del motivo se fundamenta en la falta de habilitación del arquitecto técnico para la redacción de un estudio de detalle, cuando el objeto de debate, mucho más limitado, consiste en determinar, como señala la sentencia recurrida, si un estudio de detalle “se ajusta al planeamiento municipal aplicable”. (...) Por último, y en relación con el reciente criterio jurisprudencial a que se refiere la sentencia recurrida, que rechaza el monopolio competencial a favor de una específica profesión técnica, siempre que el título facultativo en cuestión integre un nivel de conocimientos técnicos adecuados a la actuación a realizar conforme a los estudios exigidos para obtener ese título profesional, no está de más recordar nuestra sentencia de 14 de noviembre de 2014 –Recurso de casación 2679/2012– que declara: “Esta Sala del Tribunal Supremo ha considerado superadas las categorías de técnicos superiores y de grado medio, al ostentar todos una titulación universitaria superior, y por ello no resulta ajustada a la interpretación que dicha jurisprudencia ha realizado de los artículos 1 y 2 de la Ley 12/1998, de 1 de abril, reguladora de las atribuciones profesionales de los arquitectos técnicos e ingenieros técnicos EDL 1986/9905, la decisión del Tribunal a quo declarando ajustada a derecho la negativa del Ayuntamiento a aprobar un estudio de detalle por venir avalado con la firma de un ingeniero técnico industrial cuando se ha acreditado que dicho estudio de detalle no tenía otra finalidad que aumentar la altura de las edificaciones para el proceso productivo de la industria instalada en las mismas, sin generar aumento de la edificabilidad asignada a las parcelas objeto de la modificación ni del resto de los parámetros aplicables a dichas parcelas objeto del proyecto presentado».*

2 Colegios profesionales

2.1 Ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Galicia para regular la materia de colegios profesionales

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 62/2017, de 17 de mayo (ponente: Martínez-Vares García), anuló varios preceptos de la Ley 11/2001, de 18 de septiembre, de colegios profesionales de la Comunidad Autónoma de Galicia, modificados por la Ley 1/2010, de 11 de febrero (de adaptación a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior), por invadir la competencia básica estatal sobre dicha materia. Concretamente porque:

A) «(...) *La regulación impugnada establece la exigencia de una comunicación previa para el ejercicio de la actividad en la Comunidad Autónoma de Galicia, lo que contradice la legislación básica que ha previsto que basta una única comunicación para ejercer en todo el territorio nacional, y que no admite la exigencia de comunicaciones previas para ejercer en una parte del territorio».*

B) «(...) *en este caso, el legislador autonómico ha ejercido una competencia básica del Estado al establecer la colegiación obligatoria para los profesionales médicos y demás profesionales*

de ciencias de la salud al servicio de las administraciones públicas cuyas funciones comprendan la realización de actos profesionales que tengan como destinatarios inmediatos a los usuarios del Sistema Público de Salud de Galicia, así como también para el ejercicio de la actividad privada, en la disposición ahora impugnada. En definitiva, el artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de colegios profesionales, en la redacción dada al mismo por la Ley 25/2009, constituye parámetro de constitucionalidad en la materia que nos ocupa, y dado que en el mismo se atribuye al legislador estatal la competencia para establecer los supuestos en que la colegiación obligatoria resulte exigible para el ejercicio profesional, al amparo del artículo 149.1.1 y 18 CE, no podemos sino concluir la inconstitucionalidad y nulidad del apartado segundo del artículo 2 de la Ley 1/2010, de 11 de febrero, en cuanto da una nueva redacción al artículo 3.2 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, en tanto en cuanto la Comunidad Autónoma no es competente para establecer el régimen de colegiación obligatoria previsto en el mismo».

C) «(...) la norma básica precisa los supuestos de visado obligatorio determinando que, en los colegios de profesiones técnicas, únicamente procede a petición de los clientes o en los casos en los que el Estado lo establezca. La norma autonómica, empero, al establecer los dos supuestos en que ha de ejercerse la función de visar, repite uno de ellos pero, al definir el segundo, no reproduce fielmente las bases, sino que las altera en la medida en que la genérica referencia a la ley posibilita la intervención autonómica en un ámbito que la norma básica ha reservado al Estado. El legislador autonómico ha parafraseado un precepto básico estatal de modo tal que, lejos de contribuir a la inteligencia de un desarrollo adecuado de las bases, ha introducido confusión. Consecuentemente, procede declarar que el apartado quinto del artículo 2 de la Ley de Galicia 1/2010, que da una nueva redacción a la letra i) del artículo 9 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, ha invadido la competencia estatal para dictar legislación básica sobre corporaciones profesionales (artículo 149.1.18 CE) y, por ello, que es inconstitucional y nulo (...).»

D) «El legislador autonómico ha previsto, en la norma impugnada, que los colegios profesionales han de contar con un servicio de visado, debiendo entenderse que los colegios profesionales que deben contar con dicho servicio de visado son los que determina la base estatal, esto es, los colegios de las profesiones técnicas (...).»

E) «La norma estatal es determinante al excluir del visado tanto los honorarios como las demás condiciones contractuales, cuya determinación queda sujeta al libre acuerdo entre las partes, y el control técnico de los elementos facultativos del trabajo profesional. Al no contener la norma autonómica dicha exclusión, nos encontramos ante un supuesto de reproducción parcial en un precepto autonómico de una norma estatal básica que determina la invalidez de la norma autonómica, por no respetar la legislación básica del Estado (...).»

F) «El artículo 13.3 de la Ley 2/1974 establece el régimen de responsabilidad aplicable al ejercicio de la función de visado por los colegios profesionales que por su dimensión pública están equiparados a las administraciones públicas de carácter territorial (por todas, STC 201/2013, de 5 de diciembre, FJ 3). De acuerdo con ello, el Estado ha establecido la referida regulación al amparo de su competencia exclusiva sobre el sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas, ex artículo 149.1.18 CE. Dicho sistema de responsabilidad implica una normativa común para todo el territorio en cuanto que garantiza indemnizatoria general (STC 61/1997, FJ 33). En este caso, nos encontramos ante un

Regap



NOTAS

supuesto de reproducción parcial de la norma básica estatal por la norma autonómica en la medida en que omite uno de los requisitos necesarios para que proceda la responsabilidad subsidiaria colegial, como es que los defectos causantes del daño guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto. En consecuencia, al modificar el régimen de responsabilidad establecido con carácter básico por la normativa estatal por la reproducción parcial de la misma, hemos de declarar la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 10 quinquies 3 de la Ley de colegios profesionales de Galicia, en la redacción dada por el artículo 2.10 de la Ley 1/2010».

3 Expropiación forzosa

3.1 Valoración de finca edificada en suelo urbano consolidado, calificada en el planeamiento urbanístico como sistema general viario

En la Sentencia del TS (Secc. 5.ª) de 13 de noviembre de 2017 (Rec. 1068/2016, ponente: Herrero Pina) se establece el criterio definitivo para determinar el justiprecio de una finca situada en suelo urbano consolidado, sin edificabilidad, expropiada para la ejecución de la tercera ronda de circunvalación de la ciudad de A Coruña, con las siguientes conclusiones:

«(...) cuando se acude para la determinación de la edificabilidad a la media del uso mayoritario en el ámbito espacial homogéneo, esta sala viene declarando que, para la determinación del aprovechamiento, ha de descontarse de la superficie total la destinada a usos dotacionales no lucrativos, tomándose en consideración únicamente la superficie con aprovechamiento lucrativo, en cuanto lo que se persigue es determinar el aprovechamiento patrimonializable por metro cuadrado en el espacio considerado, que es el que puede ser objeto de justiprecio en cuanto representativo del sacrificio efectivo derivado de la expropiación. Es significativa al efecto la Sentencia del Pleno de esta Sala de 14 de abril de 2015, que se refiere ya al texto refundido de la Ley del suelo 2/2008 y al reglamento de valoraciones, y señala que la fórmula examinada persigue la misma finalidad que el artículo 29 de la Ley 6/98 y declara que de la superficie del ámbito correspondiente ha de descontarse la superficie de suelos dotacionales y, en definitiva, que ha de estarse únicamente a la superficie del ámbito que es susceptible de aprovechamiento lucrativo. (...). La razón de esta exclusión es que, como ha observado repetidamente esta sala, el suelo llamado a un destino no lucrativo no puede ser tenido en cuenta al aplicar el artículo 29 LSV, pues ello equivaldría a hacer depender el valor de las fincas afectadas de la finalidad a que el planificador destina la zona donde se hallan.

En otro caso se desvirtuaría el objetivo perseguido por la norma, que no es otro que el de que el propietario del suelo expropiado sin atribución de aprovechamiento sea retribuido en atención a un aprovechamiento equivalente al reconocido expresamente para aquellos que sí lo tienen, equivalencia que, ante la diversidad de los aprovechamientos establecidos, se identifica con la media ponderada de los mismos.

Pues bien, la aplicación de este criterio lleva a compartir la alegación de la parte recurrente, en el sentido de que el jurado debió descontar de la superficie del ámbito homogéneo tomado en consideración los 24.927,415 m² correspondientes a viales y dotaciones públicas, con lo que se obtiene una edificabilidad de 2,1 m²/m², equivalente a la atribuida directamente por el planeamiento. (...). Por otra parte, que la edificabilidad resultante de la aplicación de

la media del ámbito homogéneo resulte equivalente a la edificabilidad neta establecida en el planeamiento es una consecuencia necesaria cuando el ámbito homogéneo tomado en consideración coincida con el ámbito y uso al que el planeamiento atribuye directamente una determinada edificabilidad neta, como es el presente caso, en el que el jurado señala expresamente que se delimita como ámbito espacial homogéneo donde es de aplicación la norma zonal 9.2. (...).

Se denuncian, en el siguiente apartado, las mismas infracciones en cuanto al descuento de gastos de urbanización, con argumentos semejantes a los que se acaban de exponer, y que debemos estimar, pues es doctrina reiterada que, tratándose de suelo urbano consolidado, lo que no se discute en el caso, no caben deducciones por gastos de urbanización. Únicamente, y con carácter excepcional o particular, cabe la deducción de gastos de urbanización pendientes siempre que se justifique suficientemente su realidad y alcance (artículo 24.1.c) TRLS 2008) (...).

Distinta respuesta merece la pretensión de indemnización independiente de las construcciones y otros elementos existentes en la parcela, a cuyo efecto se invoca la infracción de los artículos 22.3 y 24.2 del TRLS de 2008 y del artículo 33 de la Constitución, alegando que la interpretación de ambos preceptos conduce a la tasación de tales elementos, pues el artículo 22.3 es taxativo y en el supuesto del artículo 24.2.b) no se están tasando.

Contrariamente a este planteamiento, el artículo 24.2 del TRLS de 2008, al que en definitiva se reconduce la solución de la cuestión, establece con claridad que el valor de tasación del suelo edificado –que es el caso, aun cuando la representación del Ayuntamiento lo cuestione– será el superior de los dos siguientes: el determinado por la tasación conjunta del suelo y de la edificación existente, por el método de comparación o el determinado por método residual, aplicado exclusivamente al suelo, lo que supone, de una parte, que necesariamente ha de efectuarse una doble valoración y, de otra, que solo en el caso de aplicar la valoración conjunta por comparación se toman en consideración las edificaciones existentes, en otro caso solo se valora el suelo. En el presente supuesto el jurado llegó a la conclusión de que resultaba superior el valor obtenido por el método residual, lo que no se ha cuestionado por la parte, y, en consecuencia, no cabe una valoración independiente de las edificaciones como pretenden los recurrentes».

3.2 Carácter no indemnizable del demérito de una vivienda por la situación de fuera de ordenación y la pérdida de calidad de vida que les supuso a sus moradores la ejecución de una autopista en sus inmediaciones

El TSJG (Secc. 3.^a), en su Sentencia de 25 de octubre de 2017 (Rec. 7198/2014, ponente: Paz Eiroa), desestimó la reclamación indemnizatoria formulada por el propietario de una vivienda que quedó en situación de “fuera de ordenación” como consecuencia de las obras de ejecución de una autopista. Denegó también la indemnización reclamada por la pérdida de calidad de vida que conllevan los ruidos y vibraciones generados por el tráfico de la autopista, con estos argumentos:

«(...) Las limitaciones legales que condicionan el ejercicio de los derechos de uso no son, por sí mismas, indemnizables al no entrañar una privación singular de derechos e intereses legítimos (a título de ejemplo, Sentencia de 18 de diciembre de 2012 –casación 2335/10– y las que

Regap



NOTAS

en ellas se citan, que, si bien referidas a las limitaciones derivadas de la Ley de carreteras, su doctrina es plenamente trasplantable), [...] Cuestión distinta es que, como consecuencia de la expropiación parcial, el resto no expropiado devenga antieconómico. Antieconomicidad que no puede confundirse con el demérito sufrido [...] por los restos no expropiados como consecuencia de la división de la finca, lo que, ciertamente, habrá de ser valorado e indemnizado en el justiprecio de la expropiación que, a tales efectos, fije el jurado” –STS, Sección Quinta, de 16 de junio de 2017, Recurso 32/2016, reiterando otras–. Este tribunal viene reiterando que “en cuanto al demérito derivado de la expropiación, procede su indemnizabilidad en supuestos de suelo urbano, cuando el establecimiento de servidumbres y afecciones conlleva pérdida de edificabilidad, cuando se acredite el perjuicio derivado de la afección, pero en los suelos rurales, el T.S., Secc. 6.ª, 2/6/2014, Rec. núm. 4161/2011, entiende que las limitaciones derivadas de la zona de influencia constituyen una limitación del dominio derivada de la legislación de carreteras, de suerte que solo serían indemnizables, conforme a la legislación de carreteras, la ocupación de zona de servidumbre y los daños y perjuicios causados por su utilización; en este tipo de suelos no urbanos, la imposibilidad o limitación para edificar no es indemnizable, al no existir derecho a edificar en suelo no urbanizable; podría predicarse una indemnizabilidad de las afecciones en suelo rural en la medida en que afecten a la utilidad que por su propia naturaleza ha venido prestando el bien expropiado, si bien se estaría forzando el instituto expropiatorio, con una finalidad fundamentalmente tuitiva, permitiendo o reconociendo indemnizaciones por razón del demérito derivado de la imposición de afecciones que no tienen causa directa en la expropiación que se acomete, sino en el proyecto de obra pública del que la expropiación es mero instrumento, cuando el interesado no actuó en defensa de su interés, en el expediente del mismo proyecto de obra pública que justificó la expropiación, alegando y acreditando la merma del uso que supondría para el bien a expropiar” –términos de la Sentencia dictada el 19 de octubre de 2017 en el Recurso 7172/2015–. (...) Este TSXG, en S. núm. 141/14, de 29 de enero, PO núm. 7285/10, en su F.D. 4.º, in fine, considera que el T.S. en Rec. 4227/2009, S. de 17/7/2012, indica que una cosa es la indemnización por demérito, que viene determinada en función de la efectiva depreciación de la finca como consecuencia del perjuicio real ocasionado por la expropiación, perjuicio que necesariamente ha de acreditarse y, en su caso, indemnizarse conforme a los criterios de valoración de ese demérito y otra distinta la relativa a la constitución de las servidumbres y limitaciones que establece la legislación sobre carreteras, que, por no entrañar una privación singular de derechos e intereses legítimos, no son indemnizables; así pues, por ello, los conceptos reclamados como pérdida de calidad de vida personal no son susceptibles de indemnización al no derivar de la expropiación, que no puede extenderse a otras consecuencias que derivan del establecimiento de un servicio público, cuyas consecuencias y limitaciones vienen concretadas por normas con rango de ley (de carreteras) y delimitan el contenido de la propiedad de acuerdo con el interés social de ésta (artículo 33 CE); es decir, la finca o vivienda no sufrió, como consecuencia de la expropiación, deméritos indemnizables por razón de ruido ni pérdida de privacidad, habiendo considerado este TSXG, en S. 201/2010 sobre ruidos y vibraciones, que se afirma que causa la vía en los bienes expropiados, que no son consecuencia directa de la expropiación del suelo, sino del establecimiento del servicio público para el que se expropiaron, mayormente cuando cualquier proyecto de vía pública debe tener incorporadas medidas para evitar perjuicios acústicos, y su incumplimiento no es exigible por vía indemnizatoria a quien responde del justiprecio, sino a la Administración que ha de cumplir el programa de seguimiento y vigilancia ambiental” –Sentencia de este tribunal de 31 de mayo de 2016, Recurso 7626/2013–».

4 Medio ambiente y urbanismo

4.1 Declaración de nulidad de un plan general por falta de justificación del notable incremento de densidad de vivienda previsto en él

El TS (Secc. 5.ª), en su Sentencia de 12 de julio de 2017 (Rec. 1859/2016, ponente: Fernández Valverde), confirmó en casación la declaración de nulidad total del Plan General de Ordenación Municipal de Abegondo (A Coruña) por haber proyectado en su territorio un incremento desmedido e injustificado de la densidad de vivienda, careciendo además de un verdadero estudio económico-financiero. Incide el tribunal en que:

«(...) debemos destacar los siguientes aspectos:

a) La sentencia, desde el principio del fundamento cuarto, deja constancia del amplio espectro probatorio que toma en consideración: “Del contenido del informe técnico aportado acompañando la demanda y del informe elaborado por perito judicialmente designado, así como de la documentación obrante en autos e incluso en el expediente”.

b) La sentencia, igualmente, señala desde el principio que el incremento previsto de 2.622 viviendas no alcanza el nivel mínimo de justificación exigido por los apartados 3.1.4 y 3.1.15 del Decreto 19/2001, de 10 de febrero.

c) La sentencia, analizando datos del PGOU, compara viviendas sitas en el municipio en 1991 (3.037), 2009 (3.348); esto es un incremento de unas 300 viviendas en 20 años.

d) Igualmente, realiza una comparativa poblacional, destacando que en el citado período de tiempo (1991/2009) la población descendió de 6.165 a 5.798 habitantes.

e) Reconoce, sin embargo, que otros municipios de la comarca de A Coruña aumentaron la población, y que tal diferencia “puede deberse a la circunstancia sobre ubicación de unos y otros en relación a la ciudad de A Coruña y a los puntos más relevantes de dinamización económica”.

f) La sentencia deja constancia del “amplio margen de apreciación de la Administración competente en materia de planeamiento para que efectúe sus previsiones relativas a población y viviendas”, pero, igualmente, deja constancia de la ausencia de elementos significativos que pudieran servir de apoyo a las optimistas previsiones de crecimiento poblacional y demanda de viviendas del PGOU, destacando la ausencia de nuevas circunstancias de orden económico, industrial, de servicios o incluso de organización social que justifique el crecimiento de 164 viviendas/año durante 16 años, haciendo referencia a la desproporcionalidad de tal crecimiento y a la irracionalidad del mismo, ya que ello implicaría –siguiendo al perito de designación judicial– triplicar la población en el horizonte temporal de los 16 años mencionados (esto es, un incremento de más de 10.000 habitantes en 16 años, en relación con los menos de 6.000 de la actualidad).

g) Por último, la sentencia de instancia destaca que, al mismo tiempo, las menciones a vías de comunicación no las hace suficientes, y que la distribución de la población dentro del municipio está ausente.

Regap



NOTAS

h) Obviamente, expone la sentencia, tan desproporcionado incremento incide decisiva y negativamente en la viabilidad económica del PGOU, como la sentencia de los informes –que cita expresamente– del interventor municipal, del perito judicial y del aportado por la parte actora.

(...) Pues bien, de conformidad con la anterior doctrina, no podemos aceptar el planteamiento de la recurrente en relación con la valoración de la carga de la prueba, ni con los otros extremos a los que el motivo se refiere, pues era a ella a la que correspondía acreditar la viabilidad del crecimiento poblacional que la sentencia ha puesto en entredicho y la paralela proporcionalidad del número de viviendas, por cuanto la justificación de los parámetros de crecimiento no justificaban el mismo; obviamente, era ella la que tenía que acreditar que los expresados datos cuantitativos proyectados en el PGOU, y negados por la plataforma recurrente, con base en datos históricos, contrastados y objetivos de población y viviendas, contaban con alguna justificación contundente en la programación del PGOU, lo cual, a juicio de la sentencia de instancia, en modo alguno se ha conseguido, según expresa la misma; pues bien, ante tal situación, estamos impedidos, en esta sede casacional de proceder a la revisión del tema probatorio que se nos formula, y que la propia recurrente no conecta con la existencia de indefensión alguna. Esto es, no contamos con elementos para alterar la valoración probatoria –lo que correspondía a las demandadas, una vez puestas en entredicho las proyecciones expuestas en el planeamiento con la motivación que contenían–, ni la interpretación jurídica realizada por la sala de instancia, en el marco de la jurisprudencia que hemos reseñado (...).

La sentencia no niega –en modo alguno– la discrecionalidad con que cuentan las administraciones demandadas para proyectar su decisión de planeamiento, pero la sentencia de instancia, tomando en consideración todos los elementos que antes hemos reseñado, no consigue encontrar justificación en los que fundamentar tan desmedido crecimiento; ni la historia poblacional del municipio (con un leve descenso poblacional en los últimos años), ni el cómputo de las viviendas construidas en los años anteriores, ni, por otra parte, los posibles factores de crecimiento poblacional sirven a la sala para justificar los crecimientos expresados, y, tal forma de proceder en la valoración de los elementos expresados en modo alguno se nos aparece como afectante al citado “principio de desarrollo territorial y urbano sostenible”, pues el planeamiento proyectado –si es que realmente pretende un desarrollo sostenible– no acredita ni un uso racional de los recursos naturales, ni toma en consideración los requerimientos que vienen impuestos por la economía, el empleo, la cohesión social, y, entre otros extremos, la protección del medio ambiente, que son los elementos que el precepto establece».

4.2 Modificación puntual de plan general para establecer y regular el uso de crematorio. Omisión de evaluación ambiental estratégica

La Sentencia del TSJG de 16 de noviembre de 2017 (Rec. 4110/2015, ponente: Recio González) anuló la modificación puntual del plan general de ordenación urbana de Pontevedra aprobada para establecer y regular el uso de crematorio en su término municipal, por no haberse tramitado la preceptiva evaluación ambiental estratégica. Concluyó el tribunal que:

«(...) La Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, explica en su exposición de motivos que, en materia de medio ambiente, la regulación básica estatal y la autonómica

de desarrollo deben asegurar, por imperativo del artículo 45 de la Constitución, la protección y preservación del medio ambiente, para lo cual un marco básico y común es absolutamente indispensable; y que la presente ley se asienta en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección (artículo 149.1.23.a de la Constitución). Conforme dispone en su artículo 6, sobre el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental estratégica, “1. Serán objeto de una evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración pública (...).

(...) En el supuesto aquí analizado, del hecho de que los proyectos posteriores hayan de someterse a la evaluación ambiental, no ha de deducirse la exclusión al mismo trámite para la modificación del plan, máxime cuando se pone de manifiesto, y no se ha negado por la parte contraria, que el plan no fue sometido. Ha de añadirse que, conforme dispone el artículo 93 de la LOUGA, “4. La revisión del planeamiento y las modificaciones de cualquiera de los elementos de los planes, proyectos, normas y ordenanzas se sujetarán a las mismas disposiciones enunciadas para su tramitación y aprobación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 62 de la presente ley...”. Aunque la posible incidencia sobre el medio ambiente es evidente que sea mayor cuando se presente un proyecto para un crematorio y haya de analizarse si se aprueba el proyecto, ello no puede excluir el sometimiento al trámite al aprobarse la modificación del planeamiento, y puesto que con esta modificación se dice, entre otras cosas, que la distancia que ha de ser respetada es de 50 metros, con relación a los usos residenciales, terciarios o equipamientos comunitarios, se puede deducir que de forma general ya se está incidiendo sobre el medio ambiente y se pueden deducir efectos medioambientales significativos. Dentro del anexo II se refiere, entre otros criterios, a la incidencia sobre la salud, a lo que ha de añadirse que se trata de una actividad contaminante, puesto que así lo dice la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y el Decreto 133/2008, de 12 de junio, por el que se regula la evaluación de incidencia ambiental (vigente hasta el 28 de diciembre de 2013); y con estas referencias, sin entrar en el análisis del resto de los apartados, ya se deduce que sí que concurre, con la aprobación del plan y sin necesidad de esperar a la aprobación de los proyectos, siendo lógico que los proyectos de autorización de crematorios no los haya estudiado aún el órgano ambiental».

Regap



NOTAS

4.3 Información en materia de medio ambiente. Derecho de acceso a los expedientes de concesiones mineras y de obtención de copia de los documentos obrantes en ellos

La Sentencia del TSJG (Secc. 3.^ª) de 22 de noviembre de 2017 (ponente: Cibeira Yebra Pimentel, Rec. 7363/2015) reconoció el derecho de un ciudadano a obtener en la Xunta de Galicia copia de un expediente de concesión minera que afectaba de manera muy relevante al medio ambiente (explotación aurífera de Corcoesto), con las siguientes consideraciones:

«(...) Como principal principio regulador de esta materia, el artículo 105 b) de la Constitución española dispone que la ley regulará, entre otras materias, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidación de las personas, y este precepto constitucional

remite expresamente a la configuración legal del ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva, y tal derecho refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa) STS 9/12/2003, régimen de acceso que ha sido desarrollado después por el artículo 37 y concordantes de la Ley 30/92, en el que con toda claridad se establece que los ciudadanos –sin mención alguna a que sean titulares de derechos o intereses legítimos relacionados con el caso– tienen derecho a acceder a los registros y a los documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen, o el tipo del soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud.

Cierto es que la ley establece determinados límites al ejercicio de ese derecho –artículo 37.2 Ley 30/92– (...). Pero en ninguno de estos casos se encuentra el solicitado por el actor en este recurso, y ni siquiera puede discutirse en modo alguno su legitimación para pedirlos –reconocida inicial y legalmente a cualquier ciudadano por el hecho de serlo–, porque, de manera añadida, el actor demostró estar domiciliado en un núcleo rural del entorno de la mina de que se trata, y, lógicamente, con la condición de posible afectado en la realidad por la actividad minera en discusión que pudiera desarrollarse en ese ámbito físico, apareciendo como razonable y fuera de cualquier motivación espuria o de intención abusiva el que pretenda informarse de todos los condicionantes fácticos y jurídicos relacionados con los derechos mineros de la concesionaria, actual y anteriores, de la explotación a la que se refiere. En este sentido, hay también que señalar que la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a información en materia de medio ambiente –por la que se integra la Directiva 90/313/CEE del Consejo y contiene incluso una normativa más amplia que la de la Ley 30/92–, establece el derecho de todos los nacionales que integran el espacio europeo a acceder a toda la información ambiental que esté en poder de las administraciones públicas, con las escasas limitaciones que se contienen en su artículo 3, y que tiene el carácter de legislación básica de acuerdo con el artículo 149 de la CE. Ello conlleva la obligada desestimación de la primera causa de inadmisibilidad alegada por la Administración demandada, en la medida en que el actor estaba plenamente legitimado para hacer la petición que hizo, no tratándose tampoco en modo alguno de una actuación administrativa no susceptible de impugnación –segunda causa de inadmisibilidad–, pues, dictado después el necesario acto de denegación expresa de lo pedido, se ejercitó correctamente y en tiempo adecuado el oportuno recurso jurisdiccional, al que ahora pasa a ofrecerse respuesta.

En otro orden de cosas, tampoco podía deducirse que había que entender estimada tal solicitud por silencio administrativo positivo, ya que, en materia de dominio público y medio ambiente, el silencio siempre opera en sentido negativo a lo que se solicita.

Eso nos lleva a entrar directamente en el tema de fondo de lo que aquí se discute. Las razones del rechazo a concederlos expuestas en la primera resolución de 11 de abril de 2013 son totalmente insuficientes e inaceptables. Ya se dijo que la legitimación era manifiestamente

clara tal como se presentaba la causa de su petición, siendo un mero subterfugio para no reconocerla el decir que la posible condición de interesado en este expediente no se podía extender a los expedientes anteriores, y no siendo tampoco un argumento válido el decirle que tenía que justificar su interés conforme al artículo 37 de la Ley 30/92, ni la mera cita de que había que atenerse a las restricciones de los documentos nominativos en cuanto a la intimidad de las personas y materias protegidas, pues nada se justificaba con relación a esto, y en la propia tesis de la parte actora se admitía expresamente que, si en alguno de los documentos pudiese existir algún dato personal relacionado con la intimidad de alguna persona, se hiciese omisión del mismo, pero se presentase la documentación básica y objetiva de todo lo relativo a la adquisición y vigencia de esos derechos mineros que al final se decía que ostentaba la última titular de la concesión de explotación de la mina (...)».

4.4 Normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos en Galicia

El TS (Secc. 4.^a), en su sentencia de 11 de julio de 2017 (Rec. 2652/2015, ponente: Toledano Cantero), desestimó el recurso de casación interpuesto por la Asociación Cabalar Monte Acibal de Amil y la Asociación Lobo contra la Sentencia del TSJG que a su vez desestimó el recurso formulado frente al Decreto 142/2012, de 14 de junio, de la Xunta de Galicia por el que se establecen las normas de identificación y ordenación zoonosanitaria de los animales equinos.

Se analiza en esta sentencia el peculiar régimen de los caballos que permanecen en semilibertad en los montes de Galicia sometidos a la tradicional práctica de los curros. Los recurrentes se oponían sobre todo a la obligación exigida en el referido decreto de implantar un microchip en los équidos, con la consiguiente asunción de responsabilidades por su titular. El Tribunal Supremo afirmó lo siguiente en la sentencia:

«(...) El decreto impugnado establece un detallado régimen jurídico que, partiendo de la consideración de explotación equina extensiva respecto a estos animales, y la determinación de un régimen de titularidad a quienes se atribuyen su posesión, obliga a los propietarios de los animales a su identificación mediante la implantación de un transpondedor o microchip en el pescuezo de los caballos, establece el régimen de aseguramiento de daños a terceros, la necesidad de preceptiva autorización expresa de pastoreo en los terrenos en los que habitan estos caballos salvajes, la consideración de las asociaciones y "titulares" de caballos salvajes como personas responsables de pasto de uso común y titulares de un derecho de aprovechamiento de pastos, el régimen jurídico de las reses "mostrencas", la regulación de los espacios de acogida para animales no identificados, con la exigencia, en su caso, de cierre perimetral (...).

El régimen civil de propiedad y posesión de los animales salvajes no es incompatible con el ejercicio de las potestades administrativas de tutela del interés público en materia de sanidad animal, y la prevención de los eventuales riesgos que para terceros puedan originar los animales que deambulen en libertad, así como la obligación de contar con un seguro que cubra las responsabilidades en que se pudiera incurrir. Tampoco lo es establecer el destino de aquellos animales salvajes que, careciendo de dueño o poseedor, puedan ocasionar un daño a las propiedades de terceros, o un riesgo para la seguridad de personas o cosas. Obviamente, la obligación de identificación no es sustituible por las formas tradicionales de

regap



NOTAS

identificación o marcas que se realizan en los caballos en los denominados curros. Antes bien, existe un amplio conjunto de normas que establecen el sistema de identificación, y que resultan plenamente compatibles con lo dispuesto en el artículo 465 del Código civil. Así, el Reglamento (CE) 504/2008, de la Comisión, de 6 de junio, por el que se aplican las directivas 90/426/CEE y 90/427/CEE, en lo que se refiere a los métodos de identificación de los équidos, establece las bases del actual sistema de identificación individual de los caballos. Esta norma dispone la utilización de transpondedores electrónicos como método general de identificación, aunque permite a los Estados miembros la utilización de marcas alternativas en ciertas condiciones. Igualmente, la disposición comunitaria faculta a las autoridades competentes de los Estados miembros a eximir de la obligación de identificación a determinadas poblaciones de équidos salvajes que se mantienen confinadas en áreas definidas en tanto no las abandonen.

Por otra parte, el Real decreto 1515/2009, de 2 de octubre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie equina, modificado por el Real decreto 1701/2011, de 18 de noviembre, señala las condiciones de aplicación de la normativa comunitaria en el Estado español y prescribe la marca auricular electrónica como la única alternativa autorizada en la identificación de animales nacidos en explotaciones de producción y reproducción cuyo objetivo sea la producción de équidos de abasto.

En los supuestos de aquellos animales carentes de titular, la norma impugnada establece el procedimiento de actuación y el destino que deba darse a aquellos animales mostrencos que deambulen en libertad en alguna de las situaciones que pueden ocasionar un eventual peligro para los intereses de terceros, previsión que no infringe lo dispuesto en el artículo 465 del Código civil, ya que se trata de animales que carecen de titular o poseedor.

En definitiva, lo que plantea la parte es su preferencia por una diferente política legislativa en relación con los caballos en régimen de libertad característicos de Galicia, por considerar que eximir de todas aquellas obligaciones que impone el decreto recurrido a quienes se benefician, por más que sea en muy escasa medida, de la explotación de estos animales, resultaría más adecuado para garantizar la pervivencia de las poblaciones de caballos en régimen de libertad. Sus argumentos, por muy dignos de consideración que puedan ser, están en el ámbito de las opciones de política legislativa, pero no permiten sustentar el control de legalidad, que es el único que corresponde a los tribunales».

5 Personal

5.1 Nombramiento fraudulento de personal funcionario temporal para cubrir necesidades estructurales o permanentes de la Administración. Derecho a mantenerse en el puesto hasta que se cubra mediante el procedimiento legalmente establecido o se amortice

El TSJG, en sus Sentencias de 14 de junio de 2017 (ponente: Seoane Pesqueira, Rec. 72/2017) y 8 de noviembre de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 250/2017), avanzó en su interpretación de la jurisprudencia comunitaria sobre la contratación temporal fraudulenta en el sector público, recalificando el vínculo de los recurrentes con la Administración como una

interinidad análoga a la establecida por la jurisdicción social sobre el “personal indefinido no fijo” (*indeterino*). Es decir, les reconoció en la práctica el derecho a permanecer en el puesto de trabajo hasta que se provea definitivamente por el procedimiento establecido (oposición/concurso), o se amortice previa creación del puesto (si no existiese en la RPT).

En la primera de dichas sentencias el actor había sido nombrado en el año 2008 por el Concello de Santiago de Compostela como funcionario interino para la realización de programas concretos de carácter temporal que debían finalizar en 2011. Su nombramiento se fue renovando hasta que en 2016 se dispuso su cese. Concluyó el TSJG lo siguiente en la sentencia:

«(...) 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 artículo 10 ofrece una regulación de los funcionarios interinos y de las causas de la interinidad, estableciendo en su apartado primero que son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias: (...) c) La ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de función pública que se dicten en desarrollo de este estatuto.

Y es que, con el EBEP, en el año 2007 se incorporó la posibilidad de acudir al nombramiento de funcionarios interinos en supuestos que fuesen mas allá de los contemplados en la vieja legislación por razones de urgencia y necesidad, buscando con ello el legislador una solución al desarrollo de programas, proyectos y, en general, actividades que no tienen vocación de permanencia sin necesidad de crear un vínculo funcional fijo con el personal nombrado para desarrollarlas, de manera que la situación de interinidad debe cesar una vez que finalice el plazo de vigencia del programa. En la Resolución de 21 de junio de 2007 de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se publicaron las instrucciones de 5 de junio de ese mismo año para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración general del Estado y sus organismos públicos, se decía, a propósito de estas nuevas causas de interinidad (apartados c) y d) del artículo 10.1 del EBEP, que el objetivo que se pretendía conseguir era reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción. La redacción del artículo 10.1 del EBEP, unida a la modificación que tuvo lugar en el año 2014, ponen de manifiesto que la nueva causa de interinidad recogida en el apartado c) del precepto busca un objetivo muy claro: ejecutar programas de carácter temporal que correspondan a necesidades no permanentes, que se adapten a los objetivos del programa. Lo cual ha de tener, a su vez, reflejo en el procedimiento de selección de/los funcionarios interinos que lo vayan a desarrollar, de manera que el procedimiento de selección debe adaptarse a tales objetivos y no a las características de algún puesto de trabajo de la Administración que lo aprueba. En cuanto a la nota de temporalidad, estos programas deben tener una temporalidad predefinida, como ya advertía la Comisión para el Estudio y Preparación del EBEP, en cuyo informe se recogen dos sugerencias al respecto: que estos programas deben tener una duración determinada a priori, y que debe quedar prohibido el nombramiento de interinos para programas que se prorroguen o que reiteren otros inmediatamente anteriores de similar contenido, pues en este último caso lo que procede es una planificación que conduzca al nombramiento de personal fijo.

Regap



NOTAS

Asimismo, conviene recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado el 14 de septiembre de 2016 una sentencia que resuelve los asuntos acumulados Martínez Andrés y Castrejana López, asunto C-184/15 (personal eventual) y C-197/15 (ínterin), respectivamente, aparte de otras dos de la misma fecha que abordan cuestiones sustancialmente análogas (asunto C-596/14 De Diego Porras y asunto C-16/15 Pérez López), dando respuesta en aquella primera a dos peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, concluyendo:

1) La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, celebrado el 18 de marzo de 1999, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, sea aplicada por los tribunales del Estado miembro de que se trate de tal modo que, en el supuesto de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, se concede a las personas que han celebrado un contrato de trabajo con la Administración un derecho al mantenimiento de la relación laboral, mientras que, con carácter general, no se reconoce este derecho al personal que presta servicios para dicha Administración en régimen de derecho administrativo, a menos que exista una medida eficaz en el ordenamiento jurídico nacional para sancionar los abusos cometidos respecto de dicho personal, lo que incumbe al juez nacional comprobar.

2) Lo dispuesto en el Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, que figura en el anexo a la Directiva 1999/70, en relación con el principio de efectividad, debe interpretarse en el sentido de que se opone a normas procesales nacionales que obligan al trabajador con contrato de duración determinada a ejercitar una nueva acción para que se determine la sanción apropiada cuando una autoridad judicial ha declarado la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada, en la medida en que de ellas se derivan para dicho trabajador inconvenientes procesales en forma, en particular, de costes, de duración y de normativa de representación procesal que pueden hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión.

Con ello trata de salir al paso el TJUE de la utilización abusiva de los contratos de trabajo de duración determinada o nombramientos temporales, resultando ilustrativo que uno de los asuntos acumulados trata del caso de un arquitecto, primero contratado laboralmente y después nombrado funcionario interino durante más de quince años por un Ayuntamiento (caso Juan Carlos Castrejana López frente al Ayuntamiento de Vitoria), siendo el motivo expresado para el cese que el programa se había ejecutado en su totalidad y que el contexto de crisis imponía la reducción de gastos, aclarando que corresponde al juez nacional comprobar si se ha producido dicho abuso. (...).

A la luz de la normativa anteriormente mencionada y jurisprudencia comunitaria, debe dilucidarse si el nombramiento sucesivo y encadenado del demandante desde enero de 2008 hasta mayo de 2016 ha respondido a necesidades temporales o si, por el contrario, tras la fachada del nombramiento como funcionario interino para ejecución de programas, en realidad el actor ha cubierto necesidades permanentes y estructurales.

Lo cierto es que tanto el contenido del expediente como la prueba documental han evidenciado que el señor xxxxxx no se ha limitado en la oficina de rehabilitación a realizar las

labores relativas al programa para el que fue designado como funcionario interino en enero de 2008 (...). Es decir, el recurrente estaba nombrado funcionario interino para la ejecución de un programa, y a partir de 2012 también realizaba tareas de otros programas (...). El demandante no se ha limitado a las funciones que serían propias del programa para el que ha sido nombrado funcionario interino, incluso teniendo en cuenta las sucesivas prórrogas, sino que ha desarrollado los cometidos propios de un auxiliar administrativo en la oficina de rehabilitación, con las atribuciones que tiene permanentemente asignadas, por lo que se ha utilizado abusivamente aquella figura del nombramiento interino, con encadenamientos sucesivos que vienen a entrañar el fraude a cuyo paso trata de salir la jurisprudencia del TJUE.

Es lógico que el actor no haya impugnado ninguno de los nombramientos y prórrogas sucesivos, pues, en definitiva, le permitían seguir prestando sus servicios para el Concello, además de que el encadenamiento fraudulento de nombramientos se comprueba una vez que, a la vez que se realizan los cometidos propios del programa que ha motivado el inicial nombramiento, se llevan a cabo labores ordinarias y permanentes de un auxiliar administrativo. Ello aparte de que ya hemos visto que el pronunciamiento segundo de la Sentencia del 14 de septiembre de 2016 del TJUE declara que han de tratar de evitarse los obstáculos procesales que dificulten la efectividad de la sanción apropiada tras la apreciación de la existencia de utilización abusiva de sucesivos contratos de duración determinada o nombramientos temporales, como el que ahora se examina (...).

El incumplimiento por el Concello de Santiago de Compostela de la normativa de aplicación se ha producido en una doble vertiente, en primer lugar en el carácter de las funciones desarrolladas por el funcionario interino, que lo fueron de carácter permanente, y en segundo lugar en la nota de la temporalidad del programa al amparo del cual se produjo su nombramiento, al ser nombrado para la ejecución de un programa que carecería de una temporalidad predefinida, prolongándose la situación irregular durante más de ocho años (...). La consecuencia indeclinable de la apreciación del fraude en el encadenamiento de nombramientos sucesivos ha de ser el reintegro del recurrente a la plaza de funcionario interino de auxiliar administrativo, pero no puede mudarse el nombramiento por el de plaza vacante de la letra a) del artículo 10.1 del 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 (que ha derogado la Ley 7/2007), porque no existe tal plaza vacante. En cuanto a los efectos económicos, debido a que desde el 30 de mayo de 2016 hasta que se produzca el reintegro efectivo el recurrente no ha desempeñado el trabajo, conviene aclarar que tales efectos no pueden consistir en la totalidad de los emolumentos que tendría que percibir, pues, si bien la determinación ha de efectuarse en la fase de ejecución, han de tenerse en cuenta las sumas que haya podido obtener el señor Ezequiel en este tiempo, desde el cese hasta la reincorporación».

El TS, en sus Autos de 30 de mayo, 12 y 13 de junio de 2017 (núms. 785/2017, 732/2017 y 1305/2017) ha admitido a trámite varios recursos de casación cuyo objeto precisamente es el de determinar si procede o no aplicar analógicamente a estas situaciones administrativas las mismas medidas adoptadas por “la jurisprudencia del orden social” (figura del *indetermi-no*), y si «el afectado por la utilización abusiva de los nombramientos temporales tiene o no derecho a indemnización, por qué concepto y en qué momento».

Regap



NOTAS

5.2 Los funcionarios interinos carecen de derecho indemnizatorio por su cese en legal forma. Inaplicabilidad del precedente de la Sentencia del TJUE “De Diego Porras” a las relaciones funcionariales

En nuestro derecho administrativo se dispone expresamente que *«El cese del personal funcionario interino no da lugar a indemnización»* (artículo 24.3 Ley 2/2015, del empleo público de Galicia). El demandante (funcionario interino cesado sin indemnización) pretendía que, por aplicación del efecto directo y útil de la cláusula 4.^a de la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP, sobre el trabajo de duración determinada, se le reconociese el mismo derecho indemnizatorio que el establecido para la extinción por causas objetivas de los contratos de los trabajadores fijos en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los trabajadores (20 días por año de servicio), conforme al criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en su polémica sentencia de 14 de septiembre de 2016 dictada en el asunto C-596/14 “De Diego Porras”. El TSJG (Secc. 1.^a), en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 293/2017, ponente: López González), desestimó la reclamación con el argumento de que:

«(...) si bien a los funcionarios interinos debe aplicárseles el mismo régimen que a los funcionarios de carrera, no procede, en cambio, establecer tal asimilación respecto del personal laboral. Ciertamente es que el trabajo de todos ellos es semejante y que, sobre tal aserto, podría postularse una igualdad de trato; pero no lo es menos que el ordenamiento jurídico vigente solo contempla esa equiparación entre los funcionarios interinos y los de carrera, y para estos últimos no se prevé ningún tipo de indemnización por razón de cese en su función».

5.3 Sanción disciplinaria a funcionario que desempeñaba fuera de su horario laboral una actividad docente sin autorización previa de compatibilidad

La Sentencia del TSJG (Secc. 1.^a) de 18 de octubre de 2017 (ponente: Rivera Frade, Rec. 106/2017) desestimó el recurso interpuesto por un funcionario contra la sanción de tres meses de suspensión de empleo y sueldo que se le impuso por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 95.2 del texto refundido del Estatuto básico del empleado público, por desarrollar una actividad docente fuera de su horario laboral sin autorización previa de compatibilidad. Se afirma en la sentencia que:

«(...) el Sr. xxxxxxx, funcionario de carrera del cuerpo general administrativo, subgrupo C1 destinado en la Jefatura Provincial de Tráfico de Lugo, ha venido realizando una segunda actividad ejerciendo como profesor asociado en la Escuela Universitaria de Relaciones Laborales de Lugo, cuyo titular es la Fundación Campus Universitario de Lugo, durante el segundo cuatrimestre de los cursos académicos 2014/2015 y 2015/2016, sin haber solicitado y consecuentemente sin haber obtenido el preceptivo reconocimiento de compatibilidad. Y asimismo queda acreditado que el Sr. xxxxxxx percibe un complemento específico cuya cuantía supera el 30 % de sus retribuciones básicas, excluidos los conceptos que tienen su origen en la antigüedad, por lo que no cumple el requisito exigido en el artículo 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, para obtener la autorización de compatibilidad, salvo que hubiera solicitado y se le hubiera reconocido la reducción de la cuantía del complemento específico (...).

Lo que le reprocha la Administración en el acuerdo sancionador es la ausencia de la preceptiva autorización administrativa, que exige tanto el artículo 14 de la Ley 53/1984 como el artículo 8 del reglamento de desarrollo. Para que este reproche sancionador se considere conforme a derecho, no es necesario que la Administración explique en qué medida la labor docente desarrollada comprometió la imparcialidad y el interés público. Tampoco es relevante que en los últimos años el actor estuviese suspendido de hecho de las funciones inherentes a su puesto de trabajo en la Jefatura Provincial de Tráfico. Lo relevante a efectos de entender cometida la infracción imputada y por la que el Sr. xxxxxx fue sancionado es que ha desarrollado una actividad privada sin tener reconocida la compatibilidad, pues ni siquiera llegó a solicitarla. Consta que en el año 2004 presentó una solicitud de compatibilidad, pero también que acabó desistiendo de ella, sin que volviese a presentar otra en momento posterior.

El centro en el que desarrolló la actividad privada se trata de una fundación benéfico-privada de interés gallego, titular de la Escuela de Relaciones Laborales de Lugo, cuya titulación está adscrita a la Universidad de Santiago de Compostela. Pero la naturaleza privada de la entidad titular del centro universitario en el que desarrolló su labor docente carece de relevancia a los efectos de entender cometida la infracción. En el título de imputación ya figuran como elementos integrantes de la conducta por la que ha sido sancionado la existencia de una segunda actividad laboral privada respecto a la principal desempeñada para la Dirección General de Tráfico, incumpliendo el actor con la obligación de obtener el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de dicha actividad, que además no podría obtener, pues en su actividad pública desempeña un puesto de trabajo por el que percibe un complemento específico que supera el porcentaje establecido en el apartado 4 del artículo 16 de la Ley 53/1984, extremo que no cuestiona en su demanda. A efectos de entenderlo incurso en la infracción administrativa por la que fue sancionado, carece de relevancia la carga docente que tenía que soportar, o el hecho de que sus retribuciones fuesen más o menos cuantiosas, o la finalidad que pretendía conseguir con dicha ocupación. La calificación de la conducta como infractora atiende a la concurrencia de datos objetivos que en este caso concurren, como es que ha desarrollado una actividad privada sin haber obtenido autorización para ello.

El hecho de que la Administración conociese desde el año 2004 que el actor ha estado prestando servicios como docente en la Escuela de Relaciones Laborales de Lugo, pues hizo valer su historial docente en el concurso específico para examinador-coordinador de la JPT de Lugo, no desvirtúa el carácter infractor de su comportamiento. No consta que dicha circunstancia hubiese sido valorada como mérito. Y para el caso de que así fuese, no eliminaba la exigencia de pedir autorización para el desempeño, años después, de una actividad docente privada.

Por lo demás, no se aprecia relación entre la incoación del expediente en el que recayó la sanción objeto de recurso (incoado en el mes de octubre de 2016) –y recordemos que lo fue por no haber pedido autorización de compatibilidad con la actividad docente desarrollada en los cursos académicos 2014/2015 y 2015/2016–, con la declaración como testigo ocho años antes, ni con el acoso laboral del que dice haber sido objeto a partir de ese año. La sucesión cronológica de los hechos relatados en su demanda permite descartar un ánimo de represalia en la incoación del procedimiento sancionador y en la sanción finalmente impuesta.

Finalmente, y en cuanto a la sanción, teniendo en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 96 c) del TREBEP, “Por razón de las faltas cometidas podrán imponerse las siguientes sanciones: c) Suspensión firme de funciones, o de empleo y sueldo en el caso del personal

Regap



NOTAS

laboral, con una duración máxima de 6 años”, la sanción de suspensión de funciones durante un total de tres meses no se entiende desproporcionada, al haberse prolongado la actuación infractora durante dos cuatrimestres, uno por cada año académico».

5.4 Aptitud de los ingenieros de caminos para desempeñar jefaturas de servicio de la Xunta de Galicia relacionadas con el urbanismo y el medio ambiente. Imprudencia de reservar dichas jefaturas exclusivamente a arquitectos

En su Sentencia de 4 de octubre de 2017 (Rec. 178/2014, ponente: López González), el TSXG estimó el recurso promovido por el Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos de Galicia, anulando en parte la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Medio Ambiente, Territorio e Infraestructuras en cuanto reservaban varias jefaturas de servicio exclusivamente a arquitectos, con exclusión de los ingenieros. Consideró el tribunal que:

«(...) no se aportan otros extremos justificativos que los referidos a las facultades de autoorganización que a la Administración competen en la materia, incidiendo en que, si bien se han producido algunos leves retoques, en lo sustancial que aquí interesa se ha mantenido, respecto a dichos puestos, lo contemplado en la RPT de 2011. Tal argumentación resulta a todas luces insuficiente si tenemos en cuenta, de una parte, que las funciones que se indican respecto de los repetidos puestos son perfectamente asumibles por los ingenieros de caminos, canales y puertos, que cuentan entre las especialidades propias de la carrera la de Urbanismo, estando plenamente capacitados para el desarrollo de las funciones relativas a ordenación del territorio y urbanismo, materias para las que los ingenieros de caminos, canales y puertos reúnen similar idoneidad que los arquitectos superiores.

Consecuentemente, partiendo de la base de que la reserva de un puesto para quienes posean una concreta titulación solo es admisible cuando su necesidad se deduzca objetivamente de la indole de las funciones a desempeñar o de la aplicación de la normativa o reglamentación a tener en cuenta y que, en el caso concreto que se analiza, tal pretendida necesidad está contradicha no solo por la normativa general y aquellas otras referidas al contenido de los estudios y especialidades de la titulación de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, sino también, y entre otras posibles, por el mismo artículo 84 de la Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, en la redacción y con las modificaciones introducidas en la misma por la Ley 15/2004, de 29 de diciembre, que en su punto 2 literalmente establece que “la redacción del proyecto del plan general –de urbanismo, se entiende, por referencia al punto 1– habrá de realizarse por un equipo multidisciplinar formado por un mínimo de tres especialistas con titulación universitaria de segundo o tercer ciclo, de los que al menos uno de ellos tendrá que ser arquitecto o ingeniero de caminos, canales y puertos”, extremo del que se deduce que en materia de urbanismo y ordenación del territorio es equiparable la idoneidad de arquitectos superiores e ingenieros superiores de la rama que se dice, por lo que se evidencia, y se sigue de todo ello, que la exclusividad establecida a favor de los arquitectos superiores en los citados puestos de trabajo de la RPT aprobada no cuenta con el respaldo necesario y suficiente para oponerse con éxito a la impugnación articulada por la parte demandante».

6 Proceso contencioso-administrativo

6.1 Medidas cautelares. Ponderación de los intereses en conflicto. Prevalencia de los vinculados a la protección del medio ambiente sobre los económicos del promotor de una actividad industrial

En la Sentencia del TS (Secc. 5.ª) de 18 de julio de 2017 (Rec. 2559/2016, ponente: Fernández Valverde) se confirmó la desestimación de la medida cautelar solicitada por el titular de una fábrica de harinas y aceites de pescados en el recurso contencioso-administrativo que interpuso contra una resolución de la Xunta de Galicia que revisó de oficio y declaró la nulidad de la renovación de la autorización ambiental integrada previamente concedida a dicha industria. La fábrica se sitúa en el espacio natural protegido Ensenada de San Simón, incluido en la lista gallega de Lugares de Importancia Comunitaria de la Red Europea Natura 2000, y declarado zona de especial protección de los valores naturales. Afirma el alto tribunal lo siguiente en esta sentencia:

«La recurrente insiste en la ausencia de toma en consideración por la sentencia de instancia del carácter irreparable de los perjuicios que se producirían a la recurrente de no poder continuar con su actividad, no teniendo, pues, en cuenta el mandato del periculum in mora, previa valoración de las circunstancias de los intereses en conflicto, ya que se produciría una situación irreversible con parada de la actividad, cierre de la industria y desaparición de la entidad mercantil, que contaba con licencia pero que la Administración ha procedido a su revisión de oficio, siendo esta una situación diferente de la de la industria que no contaba con tal licencia o autorización. Lo cierto, sin embargo, es que la sala de instancia ha tomado en consideración los intereses medioambientales en juego, dando a los mismos un carácter prevalente, como ya hemos expuesto.

Desde otra perspectiva –la medioambiental– debe recordarse que la protección medioambiental se nos presenta hoy –en el marco de la amplia, reciente y variada normativa sobre la materia, en gran medida fruto de la transposición de las normas de la Unión Europea– como un reto ciertamente significativo y como uno de los aspectos más sensibles y prioritarios de la expresada y novedosa normativa. Ya en el apartado I de la exposición de motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo (texto refundido de la misma aprobado por Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio), se apelaba en el marco de la Constitución española –para justificar el nuevo contenido y dimensión legal– al “bloque normativo ambiental formado por sus artículos 45 a 47”, de donde deduce “que las diversas competencias concurrentes en la materia deben contribuir de manera leal a la política de utilización racional de los recursos naturales y culturales, en particular el territorio, el suelo y el patrimonio urbano y arquitectónico, que son el soporte, objeto y escenario de aquellas al servicio de la calidad de vida”.

Pues bien, desde tal consideración, y teniendo en cuenta el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible (artículo 2 del citado texto refundido), los nuevos derechos de los ciudadanos en la materia (artículo 4) y los deberes de los mismos (artículo 5), el actual contenido del derecho de propiedad (artículo 9), así como el régimen de utilización del suelo rural (artículo 13), debemos llegar a la conclusión de que actuaciones como la de autos –desde la perspectiva cautelar desde la que ahora la analizamos– suponen una “perturbación grave de los intereses generales” y, en consecuencia, justifican plenamente la denegación de la

Regap



NOTAS

medida cautelar pretendida. Es, sin duda, la expresada proyección normativa la que nos mueve a tal consideración, en un supuesto como el de autos –recordamos– en el que la autorización ambiental integrada con la que contaba la industria fue anulada por la STSJ de Galicia de 15 de diciembre de 2011».

6.2 Responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria de una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia

El TS (Sala de Conflictos), en su Auto de 26 de septiembre de 2017 (Rec. 10/2017, ponente: Martínez Micó), resolvió el conflicto negativo de competencia suscitado entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo y la de lo Social del TSJG sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial por deficiente prestación sanitaria dirigida por un trabajador frente a la mutua FREMAP. El Tribunal Supremo concluye que le corresponde el conocimiento del asunto, en primera y única instancia, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, porque:

«(...) como consecuencia de la plena identificación de las mutuas como “parte del sector público estatal de carácter administrativo”, el régimen de reclamación judicial de indemnizaciones en concepto de responsabilidad patrimonial por prestaciones defectuosas de las entidades colaboradoras de la Seguridad Social viene dado por la remisión que el artículo 68.4 (hoy 99.2) del TRLGSS –que en este caso sí estaba vigente cuando se inició el presente procedimiento– realiza a la Ley reguladora de la jurisdicción social, siendo obvio que tal remisión incluye el artículo 3 g) de dicha norma procesal, cuya fuerza excluyente abarca, sin ninguna duda, “las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial de (...) las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud”, en el que claramente se incluyen a estos efectos las referidas mutuas. (...) Tal precepto prevé que “Las reclamaciones que tengan por objeto prestaciones y servicios de la Seguridad Social objeto de la colaboración en su gestión o que tengan su fundamento en las mismas, incluidas las de carácter indemnizatorio, se sustanciarán ante el orden jurisdiccional social, de conformidad con lo establecido en la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social”. Pero el inciso en cuestión –“incluidas las de carácter indemnizatorio”– no puede, como bien dice el auto de la Sala de lo Social de Galicia de 28 de marzo de 2017, interpretarse en el sentido de entender que se ha producido una modificación legislativa fruto de la cual el orden social sería competente en acciones de responsabilidad de daños y perjuicios por deficiente prestación de asistencia sanitaria por una mutua, y ello, además de por lo ya expuesto, en esencia por cuanto tal inciso se refiere a las prestaciones de la Seguridad Social de carácter indemnizatorio que puedan ser a cargo de una mutua, como sería el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones prestacionales previstas para la incapacidad permanente parcial o por unas lesiones permanentes no invalidantes en los términos recogidos en el texto refundido de la LGSS. El propio artículo 68.4 de la LGSS remite a la LRJS –“de conformidad con lo establecido en...”–y, como vimos, la LRJS excluye en el artículo 3 del orden jurisdiccional social acciones como la que nos ocupa. En definitiva, que tal inciso del artículo 68.4 de la LGSS no está referido a las indemnizaciones de daños y perjuicios por deficiente asistencia sanitaria prestada por una mutua –que están excluidas del orden jurisdiccional social, según lo más

arriba expuesto–, sino, únicamente, a las prestaciones de Seguridad Social que consisten en una indemnización.

Resulta esclarecedora, además, la observación que realiza la Sala de lo Social del TSJ de Galicia en el sentido de descartar cualquier posible antinomia entre, de un lado, el conjunto normativo que forman el citado artículo 3.g) de la LJS, la DA 12 de la (hoy derogada) Ley 30/92, el artículo 2.e) de la LJCA, y el artículo 9.4 de la LOPJ, todos ellos coincidentes en la atribución de este tipo de litigios (en materia de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de una prestación defectuosa) a la jurisdicción contencioso-administrativa, y de otro lado la referencia a las reclamaciones “de carácter indemnizatorio” que contenía el artículo 68.4 del TRLGSS de 1994, ya que estas últimas han de entenderse referidas –como apunta el tribunal– a las prestaciones y servicios, precisamente, de carácter indemnizatorio que tienen a su cargo –en el marco de su colaboración con la Seguridad Social y por tanto de su propia actividad ordinaria– estas mutuas, mientras que la responsabilidad patrimonial derivada precisamente del carácter defectuoso o disfuncional de esa actividad no constituye obviamente prestaciones indemnizatorias, o, si se quiere, indemnizaciones con un fundamento prestacional, que es lo que describe la norma, sino que se trata de meras reclamaciones de responsabilidad objetiva por mal funcionamiento de una entidad que a estos efectos la ley considera “de carácter administrativo” e “integrada en el sector público estatal”.

Y finalmente es claro que el artículo 2.r) LJS, que también invocaba la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ gallego en su auto de 10 de julio de 2015 para excluir la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, no es aplicable al caso, puesto que ni las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, como FREMAP, son fundaciones laborales, ni sus asociados son los trabajadores que los empresarios asociados a ellas aseguran, lo que comporta la existencia de un pleito entre el asegurado y la aseguradora, supuesto distinto del que pueda existir entre la aseguradora y el empresario mutualista de la misma que aseguró con ella a su empleado».

6.3 Reclamación contra el Instituto Galego de Vivenda e Solo por defectos constructivos en viviendas de protección. Competencia de la jurisdicción civil

El TSJG (Secc. 2.ª), en su Sentencia de 26 de octubre de 2017 (Rec. 4321/2017, ponente: Recio González), confirmó en apelación el auto que inadmitió, por falta de jurisdicción contencioso-administrativa, la reclamación indemnizatoria formulada por adquirentes de vivienda protegida frente al IGVS, la constructora, el arquitecto y el aparejador, por defectos constructivos. Se afirma en la sentencia lo siguiente:

«(...) Es un proceso por vicios o defectos de la construcción, no por responsabilidad patrimonial de la Administración. Es una cuestión contractual entre una Administración y un particular, un contrato que se rige por el derecho privado, aunque haya una Administración de por medio. (...) Lo cierto es que examinando las actuaciones se verifica que se trata de una reclamación por responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y 1.591 del Código civil (...). Como se señala en el ATS, especial sección 42 del 19 de junio de 2009, Sentencia: 67/2009, Recurso: 80/2008, y partiendo de que las acciones ejercitadas son las de responsabilidad contractual por defectos constructivos de los artículos 1.591 y 1.101 del Código

Regap



NOTAS

civil, y en su concepto de promotora-vendedora de las construcciones, el tema debe ser resuelto no en la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, sino desde la óptica de la responsabilidad contractual de la Administración pública (...). Y partiendo de que la normativa aplicable es la contractual, hay que entender que los contratos de ejecución de obra y de compraventa de vivienda son contratos privados y que las reclamaciones formuladas son ajenas a la calificación de “actos separables”, por lo que la competencia para conocer de las pretensiones de la comunidad accionante corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil, a lo que no obsta la naturaleza jurídica del IGVS porque si en todo contrato administrativo ha de ser una de las partes una Administración pública, no todos los contratos que celebra una Administración pública son administrativos (...). Así, en el ATS, especial sección 42 de 18 de diciembre de 2009, Sentencia: 74/2009, Recurso: 19/2009, se dice lo siguiente: “Con carácter previo debe resaltarse que el objeto del proceso viene configurado en el aspecto objetivo por la causa petendi y el petitum de la demanda, que, en el caso, se concreta en una reclamación contractual derivada de contrato de compraventa, acumulándose a las acciones de cumplimiento de varios contratos la de responsabilidad por vicios ruinógenos del artículo 1.591. La anterior apreciación es importante a efectos de determinar la competencia jurisdiccional, porque excluye la aplicación de la normativa procesal relativa a la responsabilidad patrimonial stricto sensu de las administraciones públicas, respecto de la que rige un criterio amplio en orden a la atribución de la competencia jurisdiccional a los tribunales del orden contencioso-administrativo, y centra la cuestión en el ámbito de la responsabilidad contractual, respecto de la que, para determinar el sector jurisdiccional competente, ya no es decisiva la condición de Administración pública de la entidad demandada, sino el carácter administrativo, privado o mixto del contrato y, en su caso, la faceta del contrato en que se origina la controversia (artículos 5 y ss. TRLCAP, RD legislativo 2/2000, de 16 de junio; Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público). Por ello, cuando se pretende la responsabilidad contractual de una entidad pública, no es definitiva esta condición para declarar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues no es aplicable el artículo 2.e) LJCA, sino el 2.b), el cual ha de complementarse con la Ley de contratos de las administraciones públicas. Las acciones ejercitadas en la demanda formulada por la comunidad de propietarios se refieren a los contratos de compraventa celebrados por el Instituto Gallego de la Vivienda y Suelo con cada uno de los adquirentes de las fincas que integran el edificio. Se trata de contratos privados y se acciona por cuestiones eminentemente civiles, sin que quepa confundir dichos contratos con el de adquisición –promoción– del edificio por el IGVS».

7 Tributos

7.1 Impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos (plusvalía)

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 59/2017, de 11 de mayo (BOE 15/06/2017), declaró la nulidad de la regulación del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos –IIVT– (plusvalía) establecida en los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley reguladora de las haciendas locales aprobado por Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo (LHL), «en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor».

El TSJG (Secc. 4.^a), en su Sentencia de 14 de julio de 2017 (Rec. 15002/2017, ponente: Fernández Leiceaga), interpretó los efectos de dicha declaración de nulidad concluyendo que solo afecta a las autoliquidaciones o liquidaciones del impuesto impugnadas si el sujeto pasivo que solicita la devolución de ingresos indebidos justifica que entre las dos transmisiones del inmueble se produjo una disminución de su valor. Para ello, el Tribunal Superior toma como referencia el valor declarado en las escrituras públicas de transmisión del bien (compraventa, donación, etc.). En el supuesto analizado en la sentencia, el sujeto pasivo había adquirido en 2009 un inmueble por donación con valor escriturado de 240.000 euros y lo vendió en 2013 por 200.000 euros. La sala anuló la liquidación incidiendo en que:

«(...) cuando la diferencia entre el valor inicial de adquisición y el valor de transmisión es negativo (sin matizaciones), no es posible –con la configuración del impuesto tal y como resulta del actual texto legal con el pronunciamiento del TC– girar el IVTNU, lo que implica que estimemos el recurso, anulando el artículo 6.1 de la ordenanza en tanto en cuanto someta a tributación situación en la que no existe incremento de valor... Todo ello sin perjuicio de la solución que a las operaciones ya realizadas otorgue el legislador (quien parece optar por una nueva configuración del impuesto)».

A mayor abundamiento, el TSJG consideró en dicha sentencia que en estos supuestos se produce, implícitamente, una “impugnación indirecta” de la ordenanza fiscal municipal reguladora del impuesto, por lo que frente a la sentencia de instancia siempre cabrá recurso de apelación con independencia de la cuantía del proceso (artículo 81.2.d) Ley 29/1998 –LJCA–).

Por otra parte, el TS (S.^a 3.^a), mediante sendos Autos de 11 de diciembre de 2017 (recs. 4980/2017 y 4983/2017), ha admitido a trámite dos recursos de casación contra sentencias del Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 2 de A Coruña con el objeto de:

«Determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución), la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución), la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley de haciendas locales, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica, como defiende el juzgador de instancia».

7.2 Excepcionalidad de la notificación de liquidaciones mediante publicación por edictos. Debe investigarse el domicilio actual del sujeto pasivo para practicar la notificación personal

La Sentencia del TSJG de 14 de julio de 2017 (ponente: Gómez y Díaz-Castroverde, Rec. 15481/2016) anuló la providencia de apremio impugnada porque la liquidación del impuesto de sucesiones que le dio causa no le fue notificada personalmente al interesado, sino mediante publicación de edictos, sin haberse realizado una mínima investigación sobre su domicilio actual. Afirma el tribunal que:

Regap



NOTAS

«(...) En lo que a la notificación de la liquidación se refiere, como esta sala hizo notar en otras ocasiones en materia de notificaciones, debe extremarse la actividad de la Administración en orden a obtener la notificación personal de la resolución dictada evitando mantener el procedimiento en su estricta vertiente formal, lo que ha sido ya en otras ocasiones rechazado por el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC, Sala 1.ª, de 25/2/2008, cuyos términos, en lo que resulta de interés al presente caso, son los siguientes: "... Ahora bien, una vez frustradas las posibilidades de notificación personal a la entidad recurrente por ser ignorado su paradero en ese domicilio, la Administración sancionadora no podía limitarse a proceder a la notificación edictal sin desplegar una mínima actividad indagatoria en oficinas y registros públicos para intentar determinar un domicilio de notificaciones alternativo en que pudiera ser notificada personalmente. Ello le hubiera llevado, sin mayor esfuerzo, a una correcta determinación del domicilio social de la recurrente, tal como se verifica con la aparente normalidad con la que en vía de ejecución se accedió a dichos datos para la notificación de la providencia de apremio". Doctrina la anterior que, aun referida a una persona jurídica, es igualmente aplicable a las personas físicas, por convergencia del precitado artículo 167.3, c) LGT y de los derechos de defensa del recurrente (artículo 24.1 CE). (...) El denominador común en todas estas sentencias es el del carácter subsidiario y excepcional de la notificación edictal, lo que remarca la Sentencia de esta sala y sección de 20 de abril de 2007 (RJ 2007, 4296) (...).

Y esta postura, cuando no se trata de notificaciones en las que el destinatario se encuentra ausente, sino que es desconocido en el domicilio, debe extremarse al punto de exigir alguna averiguación del mismo antes de recurrir a la publicación edictal. Cierto es que en el presente caso es el contribuyente quien ha facilitado un domicilio en el que luego resulta desconocido; pero también lo es que entre la fecha de presentación de la autoliquidación y la fecha en que se notifica el trámite de audiencia ha transcurrido ya un amplio período de casi dos años y medio, circunstancia temporal ésta que aconsejaba aquella averiguación, si no la hacía imprescindible. Y más aún si se repara en que en el expediente constaba el domicilio del presentador del documento y en las bases de datos de la AEAT el domicilio fiscal del recurrente, en el que luego se notifica la providencia de apremio. Y si bien es cierto que por el TEAR se argumenta en relación con la obligación de notificar el cambio del domicilio, tal obligación se ensombrece ante los medios de la Administración para averiguar domicilios alternativos y el tiempo que media entre la presentación de la documentación y el inicio de actuaciones.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso, sin que proceda acoger la prescripción alegada, conforme a lo antes expuesto, ni tampoco la petición subsidiaria de anulación de la liquidación principal, por no ser este el momento de resolver sobre tal petición, debiendo limitarse la estimación del recurso a la anulación de la providencia de apremio, sin perjuicio de que pueda ahora impugnarse la liquidación mediante el medio que el recurrente estime oportuno, en el plazo de un mes a partir del siguiente a la notificación de la presente sentencia».

7.3 Impuesto de bienes inmuebles (IBI). Las academias de policía no se benefician de la exención correspondiente a centros públicos de enseñanza

El TSJG, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 15023/2017), revocó la de instancia y desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido por la Xunta de Galicia

contra la liquidación do IBI girada a la Academia Galega de Seguridade Pública –AGASP–, situada en A Estrada, tras concluir que:

«Dispone el artículo 62 del 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, por lo que al IBI se refiere, lo siguiente: “1. Estarán exentos los siguientes inmuebles: a) Los que sean propiedad del Estado, de las comunidades autónomas o de las entidades locales que estén directamente afectos a la seguridad ciudadana y a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional”. Condiciona el precepto la exención al cumplimiento de un doble requisito: el de carácter subjetivo, en relación con la titularidad de bienes del Estado, comunidades autónomas o entidades locales y, otro de tipo objetivo, consistente en la afectación directa a la seguridad ciudadana, a los servicios educativos y penitenciarios, así como los del Estado afectos a la defensa nacional (...).

Aunque el artículo 3.2 de la LOE dispone que “las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes: e) Formación profesional”, sin embargo el artículo 39 establece que únicamente la formación profesional inicial forma parte del sistema educativo, pero no las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, ni las orientadas a la formación continua en las empresas que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales.

(...) al margen de que la AGASP, conforme al artículo 5 de la Ley 1/2007, realiza otras funciones además de las formativas, las de esta naturaleza no se integran en el sistema educativo de la LOE».

Regap



NOTAS

7.4 Cuantificación de la tasa por ocupación del dominio público a operadoras de telecomunicaciones. Inaplicabilidad del tipo del 1,5 % de los ingresos de facturación establecido en la legislación de haciendas locales

La Sentencia de 11 de octubre de 2017 del TSJG (Secc. 4.^a, ponente: Fernández Leiceaga) ratificó la liquidación de la tasa girada por el Concello de A Coruña a una operadora de telecomunicaciones por ocupación del dominio público, con la siguiente fundamentación:

«(...) A STXUE do 12 de xullo de 2012 respondeu en sentido afirmativo sobre a eficacia directa do artigo 13 da Directiva 2002/20, que debe ser entendido no sentido de que se opón á aplicación a un canon por dereitos de instalación de recursos nunha propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta, aos operadores que, sen seren propietarios dos devanditos recursos, os utilizan para prestar o servizo de telefonía. E, á vista da resposta dada a esta cuestión, resultaba innecesario responder á suscitada sobre a cuantificación da taxa.

Desde a devandita sentenza do TXUE, a doutrina desta sala é a seguinte:

1.º) En relación co feito imponible permítese exclusivamente a imposición de canons ou taxas polos dereitos de uso de radiofrecuencias (taxa por espectro electrónico); dereitos de uso de numeración (taxas por numeración); e dereitos de instalación de recursos en propiedade pública ou privada, ou por encima ou por baixo desta (taxa por ocupación ou aproveitamento especial do dominio público local).

2.º) *En canto á transcendencia da titularidade da rede ou recursos instalados no dominio público local, seguindo neste punto a doutrina do TXUE:*

- *O artigo 13 da directiva de autorización non permite incluír nos canons ou taxas os operadores que, sen seren propietarios dos recursos instalados no dominio público, utilicen os recursos instalados doutras operadoras.*

- *A directiva non define nin o concepto de instalación, de recursos nunha propiedade pública ou privada ou por encima ou por baixo desta, nin o obrigado ao pago do canon devindicado polos dereitos correspondentes á instalación. Con todo, do artigo 11.1 da directiva marco pode deducirse que se refire á empresa ou operadora habilitada para instalar os recursos necesarios no solo, subsolo ou o espazo situado por encima do solo; e os termos recursos e instalacións remiten ás infraestruturas físicas que permiten a comunicación electrónica e á súa colocación física na propiedade pública ou privada.*

3.º) *En canto á cuantificación da taxa, este tribunal, de maneira reiterada e en aplicación da doutrina contida nas mencionadas conclusións da avogada xeral cando non é compatible cos seguintes requisitos:*

- *Transparencia, para cuxo efecto, este tribunal sinala que as ordenanzas reguladoras cumpren con este requisito se resulta adecuado e coas garantías suficientes o procedemento normativo de aprobación e a publicidade.*

Agora ben, poden xurdir problemas cando as regras ou a fórmula de cálculo non gardan relación co valor real do aproveitamento.

Para estes efectos, non resulta transparente o método de cálculo se os informes económicos non incorporan criterios de cálculo que se correspondan cos valores de mercado da propiedade ou da utilidade obtida pola súa utilización, resultando difícil interpretar a necesaria conexión.

- *Obxectividade ou xustificación obxectiva, exigencia que non se dá cando o importe do canon ou a taxa non garda relación coa intensidade do uso do recurso escaso e o valor presente e futuro do devandito uso. E este requisito non se cumpre cando a contía da taxa vén determinada polos ingresos brutos obtidos por unha compañía ou polo seu volume de negocio.*

- *Proporcionalidade, requisito que non concorre na cuantificación que utiliza parámetros que presenta un importe que vai máis aló do necesario para garantir o uso óptimo de recursos escasos. Isto é, a contía debe gardar unha relación de proporcionalidade cos usos ou utilización do dominio público polos operadores de telefonía.*

- *Non discriminación, exigencia que se infrinxe cando o gravame resulta superior para un operador con respecto a outro ou outros se o uso ou a utilización do dominio público por un e outros é equiparable.*

(...) O TRLFL tampouco impón un determinado método para o cálculo do importe da taxa de que se trata, polo que as corporacións locais poden establecer diferentes fórmulas sempre que se respecten os límites derivados dos seus artigos 24 e 25.

É dicir, ha de terse en conta: 1.º) que non resulta aplicable o réxime especial de cuantificación do artigo 24.1.c) aos servizos de telefonía móbil; 2.º) que ha de atenderse á regra xeral do artigo 24.1.a) que impón que se tome como valor de referencia o valor que tería no mercado a utilidade derivada da utilización ou aproveitamento, se os bens afectados fosen de dominio público –“para tal fin, as ordenanzas fiscais poderán sinalar en cada caso, atendendo á natureza específica da utilización privativa ou do aproveitamento especial de que se trate, os criterios e parámetros que permitan definir o valor de mercado da utilidade derivada”–; 3.º) que para a determinación da contía das taxas poderán terse en conta criterios xenéricos de capacidade económica dos suxeitos obrigados a satisfacelas; e 4.º) que os respectivos acordos de establecementos de taxas pola utilización privativa ou o aproveitamento especial do dominio público deben adoptarse á vista de informes técnico-económicos en que se poña de manifesto o devandito valor de mercado –informes que se incorporarán ao expediente de adopción do correspondente acordo.

O criterio desta sentenza é aplicable tamén para o caso do artigo 24.1.c no que afecta ás empresas de telefonía fixa e supón unha evidente matización da STS 16/02/2010 (por todas, sentenza Cilfit e outros, asunto 283/81, do 6 de outubro de 1982).

QUINTO.- Pois ben, nestes momentos, debemos partir da sentenza do Tribunal de Xustiza do 21 de xullo de 2011 (TXCE 2011, 230) que, no que agora interesa, se pronunciou nos seguintes termos (...):

35 Tendo en conta as anteriores consideracións, procede responder á cuestión exposta que o artigo 6 da Directiva 97/13 debe interpretarse no sentido de que non se opón a unha normativa dun Estado membro que lles impón aos titulares dunha autorización xeral unha taxa que se calcula con periodicidade anual sobre a base dos ingresos brutos de explotación dos operadores suxeitos a ela e que se destina a sufragar os gastos administrativos relacionados cos procedementos de expedición, xestión, control e execución das ditas autorizacións, sempre que o total dos ingresos obtidos polo Estado membro en virtude da dita taxa non exceda o total dos gastos administrativos mencionados, o que lle corresponde comprobar ao órgano xurisdiccional remitente.

Desta escolma de xurisprudencia resulta que o establecemento do 1,5% da facturación bruta como método de cuantificación da base impositiva da taxa non cumpre as exixencias de relación custo do servizo/taxa, ao non acreditar a debida correspondencia e proporcionalidade entre un e outro, o que implica que ratifiquemos a sentenza neste punto.

Outro dos atrancos suscitados polo letrado do Concello é á extensión da nulidade acordada –artigo 4-5 da ordenanza– polo xulgador de instancia; o que acontece é que a dita oposición non é correcta, dado que o xulgador de instancia non anula –carece de competencia para facelo o artigo 8.1 e 10.1.a LXCA– ningún artigo da ordenanza, limitándose a fundamentar a anulación das liquidacións na ilegalidade da ordenanza (artigo 26-27 LXCA). Ao respecto cómpre indicar que a ordenanza –neste aspecto– é unha reprodución do artigo 24.1.c RDL 2/2004, e a causa de nulidade non é a infracción da Constitución, senón da normativa europea, polo que propiamente non estarmos ante unha cuestión de ilegalidade; o tema de se é compatible co ordenamento comunitario, a dita cuestión debe resolvela o tribunal, de considerar que non existe compatibilidade non aplicando a normativa nacional –como correctamente realiza– sen precisar que eleve a cuestión á Sala do Contencioso do TSX de Galiza (por tratarse dunha ordenanza), dado que o artigo 27 está previsto para os supostos

Regap



NOTAS

de ilegalidade, entendida ao confrontar a norma regulamentaria coa normativa nacional, e non cando a ilegalidade é por vulnerar normativa comunitaria. O dito implica que non proceda facer unha declaración expresa de nulidade dos artigos 4-5 da ordenanza».

8 Turismo

8.1 Reglamento regulador de los apartamentos y viviendas turísticas en Galicia

El TSJG (Secc. 1.^ª), en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017 (Rec. 91/2017, ponente: Díaz Casales), desestimó el recurso interpuesto por la Asociación de Viviendas Turísticas de Galicia contra el Decreto 12/2017, de 26 de enero, “por el que se establece la ordenación de apartamentos turísticos, viviendas turísticas y viviendas de uso turístico en Galicia” (DOG de 10/02/2017). En la sentencia se coteja cada uno de los preceptos impugnados con lo dispuesto al respecto en la Ley 7/2011, de 27 de octubre, de turismo de Galicia (modificada por la Ley 12/2014), concluyéndose su total compatibilidad. Entre otros aspectos, declara conforme a derecho la limitación a la posibilidad de cesión por habitaciones de la vivienda turística y la vivienda de uso turístico (artículos 4.2 y 5.1 del decreto); el establecimiento de un régimen diferenciado en función de elementos temporales para las viviendas de uso turístico, en atención a su reiteración o su duración de 30 días (artículo 5.2); la exigencia de la declaración responsable previa (artículos 5.4 y 30.1); la posibilidad de restringir el número máximo de viviendas de uso turístico por parte de los ayuntamientos (artículo 5.6); la limitación del período de alojamiento continuado a 3 meses (artículo 9.1); los requisitos técnicos y los servicios mínimos impuestos a los apartamentos y viviendas turísticas (artículos 15 y ss., artículos 23 y ss.), en especial que la vivienda no pueda superar las 10 plazas o la superficie mínima de las habitaciones; los requisitos mínimos de las viviendas de uso turístico (artículo 39); la exigencia de cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o certificado del APLU (artículo 41.2.e); y la posibilidad de prohibición de la actividad por la ordenación de usos del sector o los estatutos de la comunidad de vecinos (artículo 41.5).

9 Universidades

9.1 Obtención de sexenios por silencio administrativo positivo

El TSJG (Secc. 1.^ª), en sus Sentencias de 12 de julio y 27 de septiembre de 2017 (recs. 34/2017 y 14/2016, ponente: Díaz Casales), clarificó el sentido del silencio administrativo producido en los procedimientos de reconocimiento de los sexenios de los profesores universitarios tras las últimas reformas normativas. Concluyó que el silencio continúa siendo positivo, estimatorio de la solicitud de reconocimiento del sexenio, con las siguientes consideraciones:

«(...) esta sala se inclina por entender que los efectos del silencio es positivo por los siguientes motivos: 1.º) la regla general ante la falta de resolución en plazo en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados es el silencio positivo, así resulta tanto del artículo 43 de la LPAC como del vigente artículo 24 de la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común; 2.º) la excepcionalidad de aquella regla exige que venga impuesta por una norma con rango de ley o norma de derecho comunitario que establezca lo contrario; 3.º) con arreglo a

los precedentes de esta sala entendimos que la falta de resolución determina la estimación del silencio, por lo que la inclusión en el anexo I del Real decreto ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, resultaba innecesaria y redundante, porque venía a confirmar el criterio que se deducía con anterioridad de las disposiciones citadas; y, por último, 4.º) la supresión del referido anexo operada por la disposición final vigésima sexta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para el año 2014, vendría a confirmar aquella innecesidad y, en todo caso, tornaríamos a la situación de partida, de falta de previsión por disposición legal o norma de derecho comunitario del sentido negativo de la falta de resolución en plazo (...).

En el presente caso el recurrente defiende que la disposición adicional 26.ª de la Ley 22/2013 supuso la supresión de la referencia al procedimiento de reconocimiento de los sexenios del anexo del Real decreto ley 8/2011, en la que se incluye no solo el sentido del silencio, sino también el plazo, por lo que el mismo no puede entenderse de 6, sino de 3 meses.

Pues bien, la transcripción literal de los preceptos anteriormente referida nos lleva en efecto a esa conclusión por los siguientes motivos: 1.º) el Real decreto 1086/1989 sobre retribuciones de catedráticos y profesores de universidad no fijó ni el plazo máximo del procedimiento ni el sentido del silencio; 2.º) esa omisión fue colmada en el Real decreto 1777/1994, de 5 de agosto, que fijó que el sentido del silencio era negativo y el plazo del procedimiento era de 7 meses, pero que ha de entenderse derogada por la previsión contenida en el artículo 26 del Real decreto ley 8/2011; 3.º) por su parte, la disposición adicional primera de la Ley 4/1999 dio un plazo de 2 años para la adaptación de los procedimientos y la determinación del sentido del silencio, cuyo incumplimiento nos conminó a que mantuviéramos en varias sentencias que las previsiones del Real decreto 1777/1994 habían perdido vigencia, por lo que mantuvimos que en estos casos habríamos de estar a la aplicación del criterio general de sentido positivo del silencio en el caso de que no hubiera respuesta en el plazo de 3 meses (en este sentido, las Sts. de 8 de febrero de 2012 y de 29 de junio de 2016 recaídas, respectivamente, en los recursos 265/2011 y 367/2015); 4.º) por el Real decreto ley 8/2011, como dijimos, se incorpora el procedimiento al anexo, estableciendo el sentido positivo y el plazo de 6 meses; 5.º) la derogación de esa mención por la Ley 22/2013 de presupuestos para 2014 determina que volvamos a la situación originaria de falta de previsión de plazo y sentido del silencio, por lo que hemos de optar por aplicar la regla general contenida en los artículos 42 y 43 de la Ley 30/1992, vigente al tiempo de que el recurrente formuló su petición, y actualmente en los artículos 21.3 y 24 de la Ley 39/2015, que entró en vigor en octubre de 2016, en atención a que es evidente que la previsión contenida en el Real decreto 1777/1994 fue derogada por el Real decreto ley 8/2011 y que no recobró vigencia por la ulterior derogación de esta última por la Ley 22/2013, conforme a lo que dispone el artículo 2 del Código civil.

Por ello, al resultar contraria la denegación al sentido del silencio producido, se impone la estimación del recurso y la anulación de la resolución recurrida con arreglo a lo dispuesto en los artículos 44.4 a) de la LPAC, porque la resolución desestimatoria extemporánea en estos casos equivale a una revocación sin seguir el procedimiento de revisión».

regap



NOTAS

Regap

Recensiones

3

Informe sobre a Xustiza
Administrativa 2017. Tributos,
Contratos Públicos, Responsabilidade
Patrimonial, Dereitos Fundamentais
e Persoal da Administración

**Informe sobre la Justicia
Administrativa 2017.
Tributos, Contratos Públicos,
Responsabilidad Patrimonial,
Derechos Fundamentales y
Personal de la Administración**

Report on the Administrative
Justice 2017. Tributes, Public
Contracts, Patrimonial
Responsibility, Basic Rights and
Staff of the Administration

54
Regap

regap



RECENSIONES

DÍEZ SASTRE, S. (dir.), MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C. (coord.)

Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa de la Universidad
Autónoma de Madrid (CIJA-UAM), Madrid, 2017, 277 pp.

Recién estrenado el año 2018, es hora de analizar y hacer balance del modo en que la justicia administrativa ha dado respuesta a las cuestiones que le han sido planteadas, con el fin de arrojar luz sobre la interpretación conforme al ordenamiento jurídico de las normas que rigen en materias con tanto interés científico y trascendencia práctica como son la tributaria, la contratación pública, la responsabilidad patrimonial, los derechos fundamentales o el régimen jurídico del personal de la Administración. En esta labor de difundir la interpretación y la aplicación de las normas administrativas y su examen crítico, resultan fundamentales obras como esta, en las que no solo se presenta un examen completo de la justicia administrativa, que no se agota, como se pudiera pensar, con las resoluciones dimanantes de los juzgados y tribunales de lo contencioso-administrativo, sino en las que también se aborda la respuesta y el procedimiento en la vía administrativa, así como la actividad de los órganos de revisión previos a la vía jurisdiccional, facilitando, asimismo, un análisis comparativo a diferentes niveles que proporciona una visión más completa de los sectores estudiados, permitiendo la comparación entre la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, JCA) y los restantes órdenes jurisdiccionales, entre dichos sectores entre sí y de estos con los datos generales de funcionamiento de la JCA, así como una comparación temporal que permite observar la evolución experimentada en la materia respecto a la reflejada en los anteriores Informes CIJA.

La obra reseñada cuenta con ocho secciones a lo largo de las cuales se analizarán los datos generales de funcionamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (II), las vías económico-administrativa y contencioso-administrativa en materia tributaria (III), en contratación pública (IV), en responsabilidad patrimonial (V), el funcionamiento del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales (VI), la litigiosidad contencioso-administrativa en materia de personal de la Administración (VII), además de precederse el estudio de la correspondiente introducción (I) y concluir con una ficha metodológica y un práctico análisis estadístico de sentencias (VIII).

La sección II cumple con una función descriptiva del funcionamiento de la JCA, poniéndola en relación con otras jurisdicciones y estableciendo una comparativa con otros sistemas judiciales de nuestro entorno jurídico. Se abordan aspectos tales como el tiempo de tramitación y respuesta a los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, analizando así la calidad de nuestra justicia administrativa, que pasa no solo por dar una respuesta fundada en derecho, sino hacerlo en tiempo ajustado, sin dilatar el procedimiento más allá de lo estrictamente necesario.

La sección III se concluye con titulares bien justificados a lo largo de sus páginas, que permiten observar una radiografía de la actividad desarrollada ante los tribunales económico-administrativos, así como ante la JCA en materia tributaria, analizando la carga de trabajo –que no disminuye– y el porcentaje de resolución –que aumenta–, así como la respuesta en materia de costas –mayor imposición– o el tipo de impugnaciones que más se plantean –inspecciones– y las estadísticas sobre desestimación de estas –en incremento constante.

La sección destinada a analizar la justicia administrativa en el ámbito de la contratación pública (VI) arroja importantes claves sobre la materia, mostrando los claroscuros en una actividad que se desarrolla, en el período analizado, con una mejora en la información sobre la vía administrativa de recurso en la sede judicial, pero en que es mayor la duración de los litigios, y, entre otros interesantes aspectos, advierte DÍEZ SASTRE sobre la tendencia a la admisión de la práctica de prueba en la mayor parte de los procedimientos en que se interesa.

En la sección V se lleva a cabo un estudio pormenorizado de los resultados de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, discriminando en función de diferentes aspectos tales como la materia concreta a que afecta –sanidad, tráfico, etc.–, llamando la atención, entre otros aspectos, que el carácter objetivo del sistema tan solo sea relevante en un tercio de los casos.

La sección VI advierte de significativos cambios de tendencia en la tutela de los derechos fundamentales, que se patentizan, por ejemplo, en la reducción en los tiempos de respuesta del Tribunal Supremo o en la introducción de nuevos derechos fundamentales objeto de tutela (arts. 15 y 20.1 CE), además del siempre alegado derecho a la tutela judicial efectiva.

Con la sección VII se introduce una nueva materia de estudio en este Informe CIJA 2017, la del empleo público, en la que se logra efectuar un clarificador análisis de la materia que lleva a concluir cuál es el contenido más impugnado –derechos retributivos–, revela el elevado índice de litigiosidad del personal estatutario, el mayor uso del recurso de casación que efectúa la Administración, el elevado índice de desestimaciones que existe o la reducida duración de los procesos judiciales.

El completo análisis que se lleva a cabo hace del *Informe sobre la Justicia Administrativa 2017* una obra imprescindible para los estudiosos del derecho administrativo, tanto desde una perspectiva teórica, para conocer la evolución de la materia y proponer una mejora de la normativa, como desde la visión práctica de quienes deben estar informados para garantizar la viabilidad de las acciones que impetran.

Patricia Calvo López
Doctoranda en Derecho
Línea de investigación E3031L02 Derecho Administrativo y de las Administraciones Públicas
Universidad de Santiago de Compostela
Abogada
patriciacalvolopez@gmail.com

regap



RECENSIONES

A revogación de actos
administrativos favorables

La revocación de actos administrativos favorables

The revocation of favorable
administrative acts

54
Regap

IGLESIAS GONZÁLEZ, F.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 259 pp.

Regap



RECENSIONES

Es labor del jurista, en palabras del autor del prólogo de este libro, Ángel MENÉNDEZ REXACH, la correcta identificación de los conceptos y su utilización con rigor en la formulación de proposiciones jurídicas, tarea de gran relevancia en la práctica tanto en el ámbito de la legislación positiva como de la jurisprudencia y que el autor de esta obra lleva a cabo de forma brillante en lo que respecta, en concreto, a la revocación por la Administración pública de los actos administrativos favorables.

Felipe IGLESIAS GONZÁLEZ comienza esta obra con una aproximación histórica al principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos, realizando posteriormente un análisis de la noción de revocación utilizada en la legislación y la jurisprudencia, definiendo los contornos de la competencia, la justificación, los requisitos y los límites, y finalizando con un estudio de la vinculación de la revocación a la protección de la garantía patrimonial de los ciudadanos.

En el primer capítulo, el autor analiza la relación entre la revocación de actos administrativos y la instauración del recurso contencioso. Durante el siglo XIX, la tendencia general era que la Administración no podía revisar por sí misma actos administrativos que “vulnerasen” derechos de los ciudadanos, sino que debía acudir a la Administración contenciosa. A partir de la segunda mitad del siglo, comienzan a encontrarse normas que concretan estos principios, como el Real decreto de 21 de mayo de 1853, garante absoluto de la protección de los derechos adquiridos, o la Ley de 13 de septiembre de 1888, que identifica los conceptos de nulidad y perjuicio de derecho o lesividad.

Sin embargo, la Ley de la jurisdicción de 1956 da un vuelco en cuanto al alcance del procedimiento de lesividad, estableciendo la necesidad de que la Administración acuda a la jurisdicción contenciosa para retirar actos administrativos en supuestos de anulabilidad, fuesen actos declarativos de derechos o no. A pesar de ello, la Ley de procedimiento administrativo de 1958 no se erigió en complemento necesario para esa formulación, dejando a un lado la regulación de la revocación de los actos válidos. El resultado final de esta carencia fue, en palabras del autor, el mantenimiento del concepto de la irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos y la afirmación jurisprudencial de que solo se podían revocar-revisar los actos administrativos mediante alguno de los mecanismos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo (que no contemplaba ningún mecanismo para revocar los actos válidos declarativos de derechos). Finalmente, a partir de los años noventa del siglo XX, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se va a centrar prevalentemente en el análisis pormenorizado de los supuestos concurrentes en cada revocación.

Con la llegada de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, la regulación de la revocación no ha variado en su alcance con respecto a la Ley 30/1992, limitándose únicamente a los actos no favorables. Frente al mutismo de la normativa estatal, es la normativa sectorial la que se ha visto forzada a regular la revocación de actos favorables, algo causado, según el autor, por su mayor proximidad a las necesidades de la Administración.

Finaliza el autor este capítulo afirmando que, tras toda la evolución histórica mencionada, en el momento actual no existe norma en nuestro ordenamiento jurídico que ampare el principio de irrevocabilidad de los actos declarativos de derechos. Es más, sostiene que rige el principio de revocabilidad de actos administrativos, incluidos los que reconozcan situaciones favorables, con independencia de que tal revocación sea indemnizable, como se comentará más adelante.

El segundo capítulo lleva por título “El concepto de revocación en la legislación y en la jurisprudencia”, y en él se analiza cuál ha sido la trascendencia y el recorrido de esta noción en ambos ámbitos, algo completamente necesario para entender el contenido de este.

Así, IGLESIAS GONZÁLEZ, como no podría ser de otra forma, realiza con gran precisión un muestreo de la legislación en el periodo comprendido entre los años 1996 y 2016, proponiendo, tras su análisis, cuatro posibles acepciones del concepto de revocación que clasifica como reacciones o consecuencias a determinados eventos: como reacción frente al incumplimiento de los requisitos u obligaciones exigidas por la norma o el acto administrativo; como reacción sancionadora frente al incumplimiento por parte del ciudadano de las condiciones impuestas por el acto o bien por la comisión de determinadas actuaciones relacionadas con su vida jurídica; como reacción frente a la variación objetiva de las condiciones en que se desenvuelve el acto que, de haber existido previamente, habrían justificado su denegación y, por último, como consecuencia del cambio de apreciación de las exigencias del interés público que motivaron el acto.

En cuanto a la revocación por incumplimiento, distingue el autor dos tipos: el incumplimiento sobrevenido o posterior de los requisitos exigidos durante la vida del acto, citando numerosos ejemplos contenidos en la normativa sectorial, y el incumplimiento de las condiciones impuestas por el acto administrativo, identificándolas como modos, no como condiciones suspensivas o resolutorias. Ambas tienen en común que existe un incumplimiento por parte

del titular del acto administrativo favorable, que puede no ser el único. Finalmente, el autor realiza un breve juicio sobre las especialidades de la revocación por incumplimiento en materia de subvenciones, aportando diferentes opiniones y concluyendo que el reintegro de aquellas es una auténtica revocación, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones por su titular.

Por lo que se refiere a la revocación-sanción, se identifica como reacción frente al incumplimiento por un particular de las condiciones impuestas en un acto o la comisión de determinadas actuaciones relacionadas con su vida jurídica. Muy relevante consideramos la afirmación que hace el autor para poder deslindarla del tipo anterior. Afirma que, para poder distinguir correctamente este tipo de revocaciones, es necesario que la normativa les asigne carácter sancionador, con lo que ello conlleva con respecto a los principios especiales del procedimiento sancionador.

Con respecto a la revocación por variación objetiva de las circunstancias, se configura como reacción frente a la modificación de las condiciones en las que se desenvuelve el acto, condiciones que, si existiesen en el momento de su resolución, habrían motivado su denegación. Se trata de nuevos hechos o circunstancias que, sin que concurra necesariamente un incumplimiento, provocan un cambio externo a la Administración. Especialmente notable nos resulta la crítica realizada por el autor al sector de la doctrina que considera este tipo de revocación asimilable a la anulación por ineficacia sobrevenida o a la caducidad, manteniendo que en ningún caso cabe esa identificación, dado que se trata de actos válidos en su origen.

Por último, se trata la revocación por cambio de apreciación en las exigencias de interés público que motivaron el acto, a la que algunos autores denominan “la verdadera revocación”. En este caso, la Administración varía los parámetros jurídicos o normativos en que se desenvuelve el acto administrativo, cambiando su percepción sobre el alcance del interés general. En cuanto a la revocación por cambios normativos, la aprobación de una norma provoca o bien la revocación inmediata de un acto administrativo, o bien genera el otorgamiento de un plazo al beneficiario sujeto a la nueva regulación para que se adapte a la nueva situación, procediendo la revocación si el particular no se acomoda al nuevo régimen jurídico. En cuanto a la revocación por decisión administrativa, es necesaria la obtención de un amparo normativo previo y una modificación objetiva y contrastada de las circunstancias. Por último, existe también la posibilidad de la revocación del acto otorgado bajo reserva de revocación (o cláusula de precario) donde, desde el mismo momento de su nacimiento, se contempla el condicionamiento de la duración del acto a la inexistencia de causa de interés general prevalente que conlleve automáticamente, tras el correspondiente procedimiento administrativo, su revocación.

Asimismo, el autor descarta otros usos del concepto por considerar que se asocian a supuestos que en nuestro ordenamiento responden a otro régimen jurídico, como son la reacción frente a la invalidez o extinción de actos –dado que cuando se revoca un acto ni es inválido ni desaparece del mundo jurídico– o la revocación como caducidad o desistimiento. Además, efectúa un valiosísimo deslinde del concepto de revocación de otros conceptos como la revisión, la caducidad, las condiciones resolutorias o la modificación, proponiendo una acertada definición: “toda extinción de un acto administrativo válido firme realizada por la Administración pública, excluidos los supuestos de caducidad”.

Regap



RECENSIONES

En el tercer capítulo el autor reflexiona sobre la justificación, los requisitos y los límites en la competencia para la revocación de actos administrativos, comenzando por entroncar el concepto con el mecanismo de autotutela de la Administración pública o la posibilidad de eliminar por sí misma los actos administrativos.

Como señala el autor, la doctrina ha abordado en numerosas ocasiones el estudio de la autotutela, relacionándola con los principios de eficacia, el modelo de Estado social o la posición de superioridad de la Administración. Es también un concepto que han recogido, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Consejo de Estado y nuestro Tribunal Constitucional. Para el autor, el principio de eficacia justifica constitucionalmente la competencia administrativa para la revocación como una modalidad de autotutela en conexión directa con el principio de consecución del interés general que debe perseguir la Administración. Por otro lado, IGLESIAS GONZÁLEZ analiza también la cuestión desde la perspectiva del principio de reserva de ley y del principio de seguridad jurídica.

En la tercera parte de este capítulo, el autor analiza la relación de la revocación con la irretroactividad, determinando que las normas revocatorias son irretroactivas y que producen, en todo caso, efectos *ex nunc*, respetando las situaciones jurídicas nacidas anteriormente y afectando solamente a los derechos del titular del acto hacia el futuro.

Es también especialmente destacable el estudio que se efectúa acerca de los límites de la facultad revocatoria, manifestando que la referencia que hace la norma a los principios de equidad y buena fe debe entenderse como una moderación por parte de la Administración de la aplicación de los efectos de la revocación de actos favorables. Así pues, es el principio de protección de confianza legítima, entiende el autor, el que debe desplazar a la aplicación del principio de buena fe en el ámbito de la revocación de actos administrativos, por su vinculación con los problemas relativos a la irretroactividad o los derechos adquiridos.

Por último, se realiza un examen del procedimiento de revocación en el sentido estricto, proponiéndose la utilización de las normas básicas del procedimiento administrativo común como referencia, ante el vacío normativo que hemos anunciado al inicio de esta recensión.

Finalmente, en el último capítulo, titulado “La revocación y la protección de la garantía patrimonial de los ciudadanos”, el autor concluye que la revocación no se debe identificar con el concepto de expropiación, como en reiteradas ocasiones han indicado parte de la doctrina y la jurisprudencia, dado que no toda revocación tiene un contenido patrimonial que permita afirmar el carácter de “privación singular” y tampoco debe identificarse con la responsabilidad patrimonial, dado que esta surge de una situación jurídica no querida por la Administración, mientras que la revocación constituye una actividad consciente.

Concluye IGLESIAS GONZÁLEZ este libro con una pertinente apreciación sobre la necesidad de indemnizar o no a los titulares de actos revocados. Se muestra, por ejemplo, favorable a la indemnización cuando la revocación provoca la finalización abrupta de la vigencia de un acto administrativo que rompe la situación jurídica que la misma Administración revocadora había creado al otorgar el acto. Por otro lado, en el caso de licencias de tracto sucesivo, entiende que no debe ser indemnizado por revocación quien conoce la precariedad del acto administrativo otorgado, dado que tal acto se ha otorgado sometiéndolo a la necesidad de acomodarse continuamente a las nuevas necesidades sociales.

En virtud de lo anteriormente expuesto, consideramos imprescindible la lectura de esta obra por todo aquel que esté interesado en el fenómeno de la revocación de actos administrativos. Es de agradecer que IGLESIAS GONZÁLEZ haya puesto al servicio de los juristas sus amplios conocimientos a través de la monografía comentada. Su necesidad y oportunidad es indiscutible dada la escasez de estudios doctrinales en esta materia tan relevante, tanto desde el punto de vista teórico como práctico.

Inés González González
Abogada en Ernst & Young Abogados, S.L.P.
ines.gonzalez.glez@gmail.com

Regap



RECENSIONES

Dereito Público en Euskal Herria

Derecho Público en Euskal Herria*

Public Law in Euskal Herria

54
Regap

LASAGABASTER HERRARTE, I.
IVAP/Lete, Bilbao, 2017, 484 pp.

Regap



RECENSIONES

El libro que tiene el lector en sus manos es un libro distinto. A pesar de su título, *Derecho Público en Euskal Herria*, su contenido es accesible a cualquier persona lega en derecho, especialmente los capítulos primero y segundo. Y digo que es accesible a cualquier persona lega en derecho porque, a pesar de los tecnicismos que acompañan a algunos de sus apartados, la lectura no resulta especialmente difícil. Esto también puede deberse al estilo. Está bien escrito, con frases cortas, no con la complejidad con la que con frecuencia el derecho acompaña la escritura de las obras jurídicas; y, respecto de su contenido, impecable. En su caracterización diría que su concepción es jurídica y práctica, teórica en el sentido de que analiza ciertas categorías jurídicas con gran profundidad, categorías jurídicas que hay que decir que son complejas. A su vez, el libro contextualiza debidamente toda esta teoría. En efecto, el componente histórico en los análisis jurídicos es fundamental. Desde luego lo es en el derecho privado, pero también lo es en el derecho público. Quizás por ello el autor haya dado importancia a este aspecto o contenido histórico. Así, en su primer capítulo reseña los inicios del constitucionalismo y su importancia para la configuración jurídica de Euskal Herria, realizando una breve consideración sobre la abolición foral. De dicha abolición foral, que no permitió una estructura político-administrativa nueva para Euskal Herria y sus territorios, el único resquicio que queda es el Concierto Económico.

Posteriormente, hace referencia a un periodo de especial relevancia, y que tiene lugar tras la Restauración y la dictadura de Primo de Rivera: la Segunda República. En ella se aborda

* Edición en euskera: Zuzenbide Publikoa Euskal Herrian, IVAP/Lete argitaletxea, Bilbo, 2017, 462 orri.

el análisis del Estatuto de autonomía, destacando la trascendencia de la política estatal en Euskal Herria, que evitará que Nafarroa forme parte de un mismo ente político con Bizkaia, Gipuzkoa y Araba, situación a la que se llega precisamente como consecuencia de no respetarse la voluntad de los ayuntamientos navarros. Después hace una breve consideración sobre el franquismo, donde resalta la falta de unidad político-administrativa de los territorios históricos vascos, falta de unidad que persigue que no exista una identificación como entidad cultural de los territorios vascos de Hegoalde. A estas cuestiones ya dedicó su atención el profesor de la Universidad del País Vasco Pedro Larumbe en un importante estudio efectuado en 1973 y al que hace referencia también el autor. Posteriormente, entra ya en la época más actual, después del fallecimiento del dictador y la renovación del Estatuto de autonomía de 1979 y los dos momentos político-institucionales que se producen con posterioridad y que tienen un importante significado político en la evolución de la política vasca, como son la Propuesta de reforma del Estatuto de autonomía, de 2003, y la Ley de consulta, de 2008, ambas dirigidas por el lehendakari Ibarretxe. Recordando sucintamente estas épocas, podría decirse que en 1997, en un acto que organiza el sindicato en Gernika, se dice que se ha agotado el estatuto, que ya no nos sirve para avanzar más. En realidad se estaba agotando el sistema, no solo el estatuto. El sistema de las autonomías tal como funciona en el Estado llega a un momento de agotamiento y de crisis cada vez más manifiesta. Ante esa situación, ¿qué sucede? En 1996 gana las elecciones el PP de Aznar, en 2000 las gana por mayoría absoluta y la diferencia de votos entre el PP y el PNV es de 40.000 en Vascongadas. ¿Qué sucede? Para las elecciones de 2001 Aznar y Oreja plantean la candidatura a lehendakari de Oreja ya que solo hay 40.000 votos de diferencia.

Se trata de un periodo de gran dureza. Muestra de ello lo constituye un artículo de Juan Luis Cebrián. Escribe Cebrián, después de las elecciones de 2001, que por primera vez se alegraba de que hubieran ganado los nacionalistas en Euskadi, ¿por qué? Porque, dice, realmente vivíamos un espíritu de cruzada. Un espíritu de cruzada que mantenía el PP, pero que también apoyaba el PSOE; recuérdese a Nicolás Redondo en aquella época y dónde está ahora, cuando se había planteado aquí incluso que podía subir al poder Mayor Oreja, con una presión impresionante sobre el país. Pero eso la gente no se lo creyó, menos mal, y en 2001 ganó Ibarretxe con una gran ventaja.

En la primera fase tras el franquismo, hablamos de los años 1978-2001, está en vigor el Estatuto de autonomía. La estructura autonómica del Estado inicia su andadura con la Constitución de 1978, con el Estatuto de autonomía del País Vasco y la Ley orgánica de armonización del Fuero de Navarra. En esta primera fase del resurgimiento de la autonomía se manifiesta, al igual que en la Segunda República, la evidente intención política de mantener a Nafarroa fuera de un ente común constituido por los territorios de Hegoalde. Este objetivo se logra ya, tal como claramente describe el autor con la configuración de la autonomía, donde Navarra queda fuera del régimen preautonómico. Todo ello, obviamente, con la clara participación de la Diputación Foral de Navarra, carente de toda legitimidad democrática. Pero esta siempre ha sido una cuestión de Estado, que se ha resuelto con independencia de lo que puedan decir las normas.

El Estatuto de autonomía sufre de una fase de agotamiento, que en 1997 recuerda el sindicato ELA en una concentración realizada en Gernika, produciéndose al mismo tiempo, con el acceso al poder del Partido Popular en el año 2000, lo que logró por mayoría absoluta, una cierta cruzada contra el nacionalismo, tal como señalarían algunos de los más destacados

comentaristas de la prensa española. Esto da lugar a que en las elecciones gane el lehendakari Ibarretxe, elaborando la propuesta de un nuevo Estatuto político de libre asociación con el Estado español.

Esta propuesta, así como la posterior Ley de consulta 9/2008, son sometidas a un detallado análisis jurídico por parte del autor, para acabar el capítulo haciendo una referencia a la evolución organizativa en Nafarroa y en Iparralde, finalizando con unas reflexiones sobre el significado de la historia de la determinación del sujeto político.

El segundo capítulo es un capítulo importante porque el autor analiza las categorías fundamentales aplicables como sujeto político a las naciones sin Estado, entrando en el análisis de temas tan actuales como el derecho a decidir, el derecho de autodeterminación, el significado de los derechos históricos, el derecho a la autonomía, el concepto de territorio, la ciudadanía, el régimen jurídico de la lengua y el régimen jurídico de los símbolos. Todas estas cuestiones, como bien puede apreciar el lector, son de una importante complejidad que el autor sabe sintetizar adecuadamente dando además su propia visión sobre estos temas. El análisis que realiza de estas categorías jurídicas no se detiene solamente en una consideración teórica, sino que atiende a la jurisprudencia que en estos temas existe, bien sea esta jurisprudencia propia del Tribunal Constitucional o del Tribunal de Justicia Internacional. Es muy numerosa la jurisprudencia que analiza en relación con los derechos históricos, por ejemplo, o la referencia que hace también a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional con la Ley de consulta, o las sentencias más recientes referidas a Cataluña. Atiende también a la importante sentencia del Tribunal de Justicia Internacional sobre Kosovo.

El capítulo tercero podríamos señalarlo como el más clásico. En él se estudian las instituciones básicas del autogobierno, atendiendo tanto a las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco como a las de la Comunidad Foral de Navarra. En este sentido se analizan la institución parlamentaria, el gobierno, la Comisión Arbitral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal de Comptos, el Ararteko y el Defensor del Pueblo navarro, entre otras. Es de resaltar la importancia que da el autor a la institución parlamentaria, en especial a la cuestión de la inviolabilidad parlamentaria y a la inviolabilidad del propio Parlamento.

En el capítulo cuarto me ha parecido de especial interés el análisis que realiza de las relaciones transfronterizas, aunque sería más adecuado decir del papel que los entes subestatales, en este caso las comunidades autónomas, pueden representar en las relaciones internacionales. En primer lugar, y en un tema que parece doctrinalmente un tanto olvidado, está la posibilidad de intervenir en virtud de un tratado internacional, es decir, se trata de aquellos casos en los cuales las propias normas internacionales prevén la posibilidad de que los entes subestatales participen en la ejecución de ese tratado internacional o que formen parte de órganos de gestión constituidos por representantes de organizaciones político-administrativas de Estados diferentes. Este y no otro es el sistema que se ha seguido en el Tratado de límites entre los Estados español y francés, que prevé algunos instrumentos de gestión por ejemplo de las aguas del Bidasoa. En general, hay que recordar que las competencias que internamente tiene atribuidas una comunidad autónoma pueden y deben permitir que en el desarrollo de tratados internacionales que afecten a esas competencias sean precisamente esas comunidades autónomas las que actúen en su desarrollo. El hecho de que una actividad pueda calificarse como de carácter internacional no puede conllevar necesariamente que

REGAP



RECENSIONES

la comunidad autónoma afectada se vea privada de sus competencias en esa materia. No tendría mucho sentido un acuerdo en materia educativa que diera lugar a la sustitución de la Administración educativa autonómica por la Administración estatal. Este sería un sistema de funcionamiento, desde la perspectiva teórica, del concepto del Estado de las autonomías, aunque también sería igualmente incomprensible desde la perspectiva de su funcionalidad práctica. El autor se detiene en recordar también las diferentes formas de expresión de la actividad internacional de los entes subestatales, llamando la atención sobre ese fenómeno que se ha extendido no solo por Europa, sino también, podría decirse, por el mundo, como es el del asociacionismo y las relaciones internacionales. Esto es, ese fenómeno en virtud del cual diferentes entes subestatales se ponen de acuerdo y constituyen una asociación de derecho privado para, a su través, poder ejercer al menos funciones de *lobby* en la defensa de sus intereses.

Junto a este aspecto general, el autor analiza el régimen jurídico de las relaciones de cooperación entre Hegoalde e Iparralde, atendiendo a los dos marcos fundamentales que prevén una actividad de este tipo, como son el Convenio Marco de Cooperación Transfronteriza del Consejo de Europa y, en el ámbito de la Unión Europea, la diferente forma de intervención de los entes subestatales en el entramado institucional de la Unión Europea, en lo que se daba en llamar la participación ascendente, es decir, en la formación de la voluntad política de esos órganos europeos, y en fase descendente consistente en la aplicación de esas normas europeas en el ámbito interno.

En el apartado de las relaciones internacionales, el autor analiza la participación en el Parlamento Europeo ante el Tribunal de Justicia, y ante la Comisión y el Consejo. No olvida tampoco al Comité de las Regiones, órgano creado en el ámbito de la Unión Europea con el objetivo específico de dar respuesta a la necesidad de participación de los entes subestatales en las instituciones europeas, aunque el funcionamiento de este ente dista mucho de responder a la finalidad que justificó su propia creación. Al tratar de la participación descendente, el autor realiza un análisis exhaustivo de las diferentes fases que se pueden dar en el desarrollo de las normas europeas, llamando la atención sobre cuestiones tan actuales y novedosas como la posible responsabilidad económica de los entes subestatales que no ejecutan la normativa europea en los plazos y las condiciones que esta establece. Dicha responsabilidad patrimonial constituye realmente la respuesta más adecuada al incumplimiento de sus obligaciones por los entes comunitarios, y no aquella, defendida doctrinalmente con frecuencia, consistente en defender que el incumplimiento de esas obligaciones por parte de los entes subestatales en la ejecución de las normas europeas podría dar lugar a su sustitución por la Administración estatal. En algunos casos se llegaba a afirmar con rotundidad la aplicación del artículo 155 de la Constitución, lo que ciertamente constituía un exceso de difícil justificación. Para finalizar este apartado, analiza la también novedosa figura de las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial, forma de organización que permite el reconocimiento de personalidad jurídica en el ámbito europeo, especialmente ante las instituciones europeas, cuya existencia y funcionamiento requieren sin embargo que una norma interna precise debidamente cuáles son sus competencias y qué tipo de órganos y normas de funcionamiento prevé.

En conjunto, pues, una obra de gran interés que entiendo que llena un importante vacío que existía en esta materia en Euskal Herria y que el autor aborda con el rigor que le caracteriza. Hay pocos trabajos de carácter jurídico-público que hayan dado respuesta a los muchos

interrogantes que desde la perspectiva del derecho público suscita la existencia de entes de este tipo. Ciertamente, se afirma que el proceso de globalización permite el surgimiento de nuevos sujetos políticos, aunque esta afirmación de principio no viene acompañada precisamente de la modificación de los ordenamientos jurídicos estatales que permita una actuación de los entes subestatales en esa cada vez más desarrollada e importante actividad económica, social, política y, cómo no, también jurídica.

Silbia Sarasola
Mondragon Unibertsitatea
ssarasola@mondragon.edu

Regap



RECENSIONES