

# administración & cidadanía.

## Sumario\_

**\_01\_SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS** (Universidade de Vigo, España) «El fomento del turismo cultural desde el sector público» **\_02\_JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU** (Universidade de Zaragoza, España), «Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público» **\_03\_ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ** (Universidade de Vigo, España), «Los mecanismos heterocompositivos ante la litigiosidad tributaria: la necesidad de transitar del inmovilismo al pragmatismo jurídico» **\_04\_ALBERTO VAQUERO GARCÍA** (Universidade de Vigo, España), «Reflexiones sobre el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común: recetas para la Comunidad Autónoma de Galicia» **\_05\_DAVID SOTO OÑATE** (Universidade de Vigo, España), «El componente estructural del capital social» **\_06\_JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS** (Universidade Iberoamericana, México), «Releyendo la teoría económica de Marx: un concepto posmarxista del dinero» **\_07\_JESÚS VACA MEDINA Y JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ** (Universidade de Guadalajara, México), «Impacto de la reforma energética en el mercado de los fertilizantes en México»

## Sumario\_

**\_01\_SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS** (Universidade de Vigo, España) «O fomento do turismo cultural desde o sector público» **\_02\_JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU** (Universidade de Zaragoza, España), «Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público» **\_03\_ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ** (Universidade de Vigo, España), «Os mecanismos heterocompositivos ante a litixiosidade tributaria: a necesidade de transitar do inmovilismo ao pragmatismo xurídico» **\_04\_ALBERTO VAQUERO GARCÍA** (Universidade de Vigo, España), «Reflexións sobre o sistema de financiación das Comunidades Autónomas de réxime común: receitas para a Comunidade Autónoma de Galicia» **\_05\_DAVID SOTO OÑATE** (Universidade de Vigo, España), «O compoñente estrutural do capital social» **\_06\_JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS** (Universidade Iberoamericana, México), «Relendo a teoría económica de Marx: un concepto posmarxista do diñeiro» **\_07\_JESÚS VACA MEDINA E JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ** (Universidade de Guadalajara, México), «Impacto da reforma enerxética no mercado dos fertilizantes en México»

A&C, vol. 9, núm.1 (xaneiro-xuño 2014)

A&C é a denominación de *Administración & Cidadanía*, revista propiedade da XUNTA DE GALICIA e editada a través da ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EGAP) (Rúa de Madrid 2-4, As Fontiñas, 15707 Santiago de Compostela, Galicia, España; teléfono: 981546041; fax: 981546336).

A revista ten os seguintes obxectivos: a) a difusión do coñecemento científico no ámbito das ciencias sociais, particularmente nas disciplinas da Ciencia Política e da Administración, a Economía e a Socioloxía, mediante a publicación de artigos, notas de investigación e recensións de libros relacionados coas administracións e as políticas públicas; b) a reflexión e o debate sobre problemas políticos, sociais e económicos, tanto desde un punto de vista teórico como desde o das súas implicacións prácticas.

A&C publicarase por medios electrónicos semestralmente, en xuño e en decembro. Porén, poderanse publicar anualmente un

ou varios números monográficos extraordinarios.

Na revista publicaranse traballos na súa lingua orixinal, que pode ser galego, castelán, inglés, francés, portugués ou italiano.

O título, o resumo e as palabras clave dos traballos presentaranse, por esta orde, en galego, en castelán ou na lingua orixinal do texto e en inglés.

A&C é unha publicación científica dirixida tanto aos empregados públicos como aos profesionais do sector privado que desenvolvan as súas actividades no eido das ciencias sociais.

A revista pertence ao Grupo B da Clasificación Integrada de Revistas Científicas (CIRC). Está incluída en bases de datos como ISOC-Ciencias Sociais e Humanidades do CSIC, REBIUN (Rede de Bibliotecas Universitarias) e Dialnet. Ademais, neste momento cumpre 30 dos 33 criterios Latindex empregados para a avaliación das publicacións periódicas.

## O consello de redacción

### PRESIDENTA:

SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ  
(directora da Escola Galega de Administración Pública; Galicia, España).

### DIRECTOR:

XOSÉ LUÍS BARREIRO RIVAS  
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España).

### Secretaría de redacción:

CRISTINA ARES CASTRO-CONDE  
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España).

### VOGAIS:

XOSÉ CARLOS ARIAS  
(Universidade de Vigo; Galicia, España),  
LUIS CARAMÉS VIÉTEZ  
(Universidade de Santiago de Compostela; Galicia, España),  
RICARDO GARCÍA MIRA  
(Universidade da Coruña; Galicia, España),  
VICENTE GONZÁLEZ RADÍO  
(Universidade da Coruña; Galicia, España),

ROMAIN PASQUIER  
(Centre de Recherches sur l'Action Politique en Europe; Rennes, Francia),  
SUSANA RUIZ SEISDEDOS  
(Universidad de Jaén; España),  
MAGDALENA ŚNIADECKA-KOTARSKA  
(Uniwersytet Warszawski e Uniwersytet Łódzki; Polonia)  
CELIA SZUSTERMAN  
(University of Westminster; Londres, Reino Unido).

### O COMITÉ CIENTÍFICO

ADINA DUMITRU  
(Universitatea de Vest din Timișoara; Romanía),  
JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES  
(Universidad Complutense de Madrid; España),  
SERAFÍN MERCADO DOMÉNECH  
(Universidad Nacional Autónoma de México; México),

NORA RÄTHZEL  
(Umeå universitet; Suecia),  
NIEVES SANIGER MARTÍNEZ  
(Universidad de Granada; España)  
DAVID STEA  
(Texas State University; Texas, EUA).

Correo electrónico de A&C: [ac.egap@xunta.es](mailto:ac.egap@xunta.es).  
Sitio na internet da revista: <http://egap.xunta.es>.

**Responsable da tradución:** Diana Quintela Rodríguez

**Responsable do deseño e maquetación:** Brinco Soluciones Integrales, S.L.

**Responsable da impresión:** Brinco Soluciones Integrales, S.L.

ISSN-e: 1887-0279 | ISSN: 1887-0287  
Depósito Legal: PO 510-2006

**A&C** non se fai responsable das opinións expresadas polos autores. Calquera reclamación sobre tales opinións deberase presentar ante eles.

VOL.9\_nº1\_2014\_Revista de la Escola Galega de Administración Pública.



administración &  
ciudadanía.

– VERSIÓN CASTELLANO –





## Sumario / Summary

### **\_ARTÍCULOS / ARTICLES**

**[7-170]**

\_Sonia Rodríguez-Campos (Universidad de Vigo, España), «El fomento del turismo cultural desde el sector público» / *Fostering Cultural Tourism from the Public Sector*

[9-24]

\_José María Gimeno Feliu (Universidad de Zaragoza, España), «Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público» / *Reform of the European regulations on public procurement and transparency in the public sector*

[25-88]

\_Roberto Ignacio Fernández López (Universidad de Vigo, España), «Los mecanismos heterocompositivos ante la litigiosidad tributaria: la necesidad de transitar del inmovilismo al pragmatismo jurídico» / *The Mediation and the Arbitration in Tax Matters: the Necessary Advance from Immobility to Juridical Pragmatism*

[89-102]

\_Alberto Vaquero García (Universidad de Vigo, España), «Reflexiones sobre el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común: recetas para la Comunidad Autónoma de Galicia» / *Considerations about the Financing Scheme of Autonomous Regions of Ordinary System: Some Recipes for Galicia*

[103-122]

\_David Soto Oñate (Universidad de Vigo, España), «El componente estructural del capital social» / *The Structural Component of Social Capital*

[123-136]

\_Jesús Amador Valdés Díaz de Villegas (Universidad Iberoamericana, México), «**Releyendo la teoría económica de Marx: un concepto posmarxista del dinero**» / *Rereading Marx's Economic Theory: a Post-Marxist Concept of Money* [137-160]

\_Jesús Vaca Medina y José G. Vargas-Hernández (Universidad de Guadalajara, México), «**Impacto de la reforma energética en el mercado de los fertilizantes en México**» / *Impact of the Energy Reform in the Mexican Fertilizers' Market* [161-170]

\_NORMAS DE PUBLICACIÓN [171-172]



# Artículos



SONIA RODRÍGUEZ-CAMPOS\_(srcampos@uvigo.es; sonia.rodriguez-campos@xunta.es)\_Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Vigo\_Directora de la Escuela Gallega de Administración Pública, España

# El fomento del turismo cultural desde el sector público: el caso de la red de paradores \*



O fomento do turismo cultural desde o sector público: o caso da rede de paradores

*Fostering Cultural Tourism from the Public Sector*

**&Resumen:** El turismo es un sector esencial y estratégico de la economía nacional. Como se desprende de este trabajo, la intervención directa del Estado mediante la explotación y gestión de redes hoteleras se justifica, como en el caso de cualquier empresario privado, en la obtención de rentabilidad. Pero no sólo en esto. También en la promoción turística de lugares que pese a su belleza son poco rentables para la iniciativa privada, así como en la defensa del patrimonio cultural español. A estos fines obedece de forma señalada la red de paradores que, pese a los cambios experimentados en su régimen jurídico, constituye en nuestro país el más claro exponente de un turismo de calidad articulado sobre la rehabilitación de inmuebles monumentales y el fomento del patrimonio cultural y natural.

**&Palabras clave:** turismo cultural, fomento, Patrimonio Histórico, paradores, empresa pública, rehabilitación, desarrollo sostenible; interés público.

**&Abstract:** Tourism is an essential and strategic sector of the national economy. As it is argued in this article, direct intervention from the State towards the exploitation and management of hotel networks is justified, as it is the case with any other private entrepreneur, in securing rentability. But it is not only this. Besides, it is justified by the tourist promotion of places that despite their beauty are not very profitable for private initiative as well as the defense of Spanish cultural heritage. The network of paradores responds to these aims, which, in spite of changes introduced in its regulation, constitutes the most clear exponent of a tourism of quality in our country, articulated on the basis of the restoration of monumental real estate and the promotion of natural and cultural heritage.

**&Key words:** cultural tourism, historic heritage, paradores, public enterprise, restoration, sustainable development, public interest

\* El presente trabajo constituye la aportación de la autora a la obra colectiva "El camino de Santiago y otros itinerarios" actualmente en prensa.



## Preliminar

La consideración del turismo como sector estratégico de la economía nacional motiva, a comienzos del siglo XX, cierta intervención pública dirigida a fomentar la entrada de extranjeros en España y a dictar medidas de policía u ordenación en el incipiente sector. La misma consideración y el incremento exponencial de la afluencia turística en nuestro país justifican que, sin abandonar dichas actuaciones, a partir de 1951 la Administración comience a ostentar y ejercitar facultades de intervención directa en la actividad turística, llegando incluso a articular diversos instrumentos para operar en el sector como un empresario más<sup>1</sup>.

En efecto, durante los años venideros el Estado asume actividades concretas dirigidas a facilitar el alojamiento y manutención de los turistas, a organizar viajes e incluso a realizar de hecho el transporte. Entre estas facetas merece ser destacada la gestión y explotación hotelera mediante dos instrumentos paradigmáticos de dicha intervención: la *Empresa Nacional de Turismo S. A* (ENTURSA) y la red de albergues y paradores, incardinados primero en la propia Administración y desde 1990 en la sociedad estatal denominada *Paradores de Turismo de España, S. A.*

Por las razones que más adelante se expondrán, actualmente esta sociedad aglutina la totalidad de los establecimientos turísticos estatales dando muestras de una gestión que, aunque en régimen de libre competencia, se rige por ciertos parámetros ajenos al resto de los empresarios del sector. Ilustrativa al respecto es la localización de los paradores en lugares escogidos de nuestra geografía y en edificios emblemáticos por su valor histórico-artístico, ubicación que a su vez habilita el fomento de la cultura y de las tradiciones propias de las distintas regiones peninsulares. Este aspecto es esencial a los efectos que aquí interesan porque ha contribuido decisivamente a dotar a la red de una identidad propia y a convertirla en uno de los más claros exponentes del turismo cultural en nuestro país.

## I. INTRODUCCIÓN AL SECTOR PÚBLICO TURÍSTICO

La intervención directa del Estado en el turismo da comienzo con un Decreto de 13 de octubre de 1949 por el que se encomienda al Instituto Nacional de Industria (en adelante INI) la creación de una empresa mixta para la explotación de los transportes turísticos por carretera. No es otro el fin social de *Autotransportes Turísticos Sociedad Anónima (ATESA)*, que constituye, en lo que ahora interesa, el primer referente del sector público turístico. Integrada en dicho grupo, se la dota de un parque de autocares y de vehículos dando comienzo su actividad como empresa transportista y de alquiler de coches. En 1961 amplía sus actividades con la prestación de servicios como agencia de viajes mayorista y minorista, aspecto éste que se intensifica con la compra de *Viajes Marsans, S.A.*

Habrían de pasar bastantes años para la constitución de otra empresa pública en el sector, si bien dedicada a la construcción de establecimientos turísticos de calidad: la *Empresa Nacional de Turismo S. A* (ENTURSA). Esta entidad se vincula también al INI, que la constituye por escritura pública de 14 de febrero de 1964 suscribiendo un capital totalmente liberado de trescientos millones de pesetas que podría incrementarse al paso de los años. A tal fin, poco antes el Consejo de Ministros se había pronunciado favorablemente sobre la creación de una empresa cuyo objeto sería el previsto en el art. 1 del Decreto 3221/1963, de 22 de noviembre: “la construcción de alojamientos turísticos y complejos deportivos a ellos anejos, la creación y mejora de caza y pesca y aquellas otras obras y construcciones turísticas que el Gobierno le encomiende”.

Por lo demás, el mismo precepto preveía también la incorporación a la nueva empresa de las instalaciones hoteleras que a tal fecha dependiesen directa o indirectamente del INI, previsión que en su caso habría de comportar la explotación de las mismas. No fue otro el destino del Hostal de los Reyes Católicos de Santiago de Compostela que, dependiente de dicho Instituto, fue traspasado a ENTURSA el mismo año en que se creó ésta. Pero antes de entrar en mayores consideraciones al respecto, debe advertirse que el objeto social referido nunca fue exclusivo de esta sociedad estatal. Como podrá comprobarse en el siguiente epígrafe, el Estado venía construyendo y explotando establecimientos turísticos con anterioridad a la constitución de la misma.

En efecto, desde 1928 dicha intervención se había encomendado a sucesivos órganos administrativos de los que dependieron los albergues y paradores. Es el caso del *Patronato Nacional de Turismo (1928-1938)* y de la *Dirección General de Turismo (1939-1951)*. El siguiente paso importante se produce en 1958, pues la prestación de servicios de alojamiento turístico pasa a realizarse mediante un organismo autónomo de nueva creación: la *Administración Turística Española (ATE)*. Ésta asume entonces la explotación y la gestión de la “*Red de Establecimientos Turísticos propiedad del Estado*”, cadena que comprendía cuatro clases: paradores, albergues de carretera, refugios de montaña y hosterías<sup>3</sup>.

Pocos años después de la creación de dicho órgano administrativo, la *Empresa Nacional de Turismo S.A. (ENTURSA)* se haría también cargo de la gestión y explotación de establecimientos turísticos, y ello aún cuando, conforme a la idea original, dichas funciones debería ejercerlas el empresario privado mediante arriendo.

La ampliación del cometido de ENTURSA obedece a criterios de rentabilidad, lo que también justifica el abandono de la idea originaria de hoteles de carácter monumental y la opción, en consecuencia, por otras instalaciones más convencionales que razonablemente comportarían un menor coste. Aún así, sin embargo, la empresa no llegó a obtener los beneficios esperados y su influencia en el conjunto de la oferta hotelera española fue escasa. Prueba de ello es que, comparada con el otro organismo público que se dedicó a la misma finalidad —es decir, la Administración Turística Española (ATE)— resulta que mientras ENTURSA sólo llegó a explotar doce hoteles, la red que ésta gestionaba alcanzó los ochenta y nueve establecimientos en 1982<sup>4</sup>. Esto supone que a comienzos de los años ochenta el Estado gestionaba un centenar de alojamientos de naturaleza muy diversa (desde hoteles en edificios monumentales a hoteles de ciudad<sup>5</sup>, pasando por establecimientos en destinos de playa).

La faceta hotelera del Estado y sus dos instrumentos —ATE y ENTURSA— se mantuvieron sin cambios sustanciales hasta que se traspasa al sector privado la *Empresa Nacional de Turismo*. A este resultado se llega tras un proceso que se inicia a finales de 1984, coincidiendo con un cambio de dirección del INI que plantea, entre otras medidas de recuperación, una reestructuración basada en tres criterios: primero, *enajenación de empresas cuyo negocio estaban fuertemente internacionalizados*; segundo, *venta de empresas cuya línea de negocio no era de interés para el grupo*; y tercero, *disolución de las empresas en casos de inviabilidad manifiesta*.

Considerando que ENTURSA sólo obtuvo beneficios durante sus primeros años de funcionamiento y que, por esto mismo, modernizar sus hoteles comportaba una notable dificultad, su venta se perfilaba como la mejor alternativa en el marco de una política más amplia de privatización industrial y empresarial puesta en marcha por el ejecutivo. Es así que el 20 de noviembre de 1985 el Consejo de Ministros autoriza dicha operación a favor

de “Hoteles de Lujo Españoles” por la totalidad de las acciones representativas del capital social valoradas en 5186 millones de pesetas. De este modo se liquida la *Empresa Nacional de Turismo*, cuya existencia había sido reiteradamente puesta en entredicho por coincidir su actividad —la explotación de hoteles singulares y de calidad— con la de ATE. En este organismo pasan a integrarse, precisamente, tres establecimientos de ENTURSA que por su monumentalidad o posición estratégica se excluyen del traspaso referido: el *Hostal de los Reyes Católicos*, el *Hostal de San Marcos* y el *Hotel Muralla de Ceuta*.

Análogo final tendría la otra empresa pública mencionada —*Autotransporte Turístico Español, S.A* (ATESA)-, siendo también razones de índole económica las que avalan su privatización. De acuerdo con lo antes señalado, además de facilitar vehículos de transporte colectivo o individual, esta empresa actuó también como agente de viajes mayorista y minorista, realizando estas actividades por medio de empresas filiales, particularmente *Viajes Marsáns, S.A*. Pero como consecuencia de una crisis de notable entidad, entre 1981 y 1985 el Estado abandona el papel que venía desarrollando como empresario del transporte y agente de viajes. Tras haberse operado la correspondiente venta de acciones, el INI decide desprenderse de ATESA que venía dando pérdidas. Poco después le llegaría el turno a *Viajes Marsáns*, agencia que también se privatiza<sup>6</sup>.

En este contexto de transferencia al sector privado de activos concretos, los paradores no se privatizan aún cuando, como es natural, también les afecta la crisis referida. La Administración Turística Española (ATE) prosigue su gestión manteniendo su tradicional naturaleza jurídica durante la década de los ochenta. Pero esto no significa que se obvie la necesidad de saneamiento económico y financiero de la cadena. Ni mucho menos. Es precisamente tal necesidad la que motiva que en 1990 dicho organismo autónomo se transforme en la sociedad estatal “Paradores de Turismo de España, S. A”, transformación que completa la evolución de la red en cuanto a las formas jurídicas adoptadas y de la que se da cumplida cuenta en el siguiente epígrafe.

## II. LA RED DE PARADORES EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN TURÍSTICA DEL ESTADO: FUNDAMENTOS Y EVOLUCIÓN EN CUANTO A LAS FORMAS JURÍDICAS ADOPTADAS

Los orígenes de los establecimientos que aquí se mencionan se sitúan a principios del siglo XX, época en la que satisfacer la demanda del turista extranjero que visitaba nuestro país y mejorar la imagen internacional de las posadas, ventas y fondas españolas se revelaron como necesidades públicas manifiestas. Así pues, prestar servicios turísticos en las mejores condiciones justificó la creación de una estructura hotelera —por aquel entonces inexistente-, que en las ciudades y parajes más hermosos de España diese hospedaje a los viajeros que se adentraban en la península. El proyecto así planteado se sometió a la consideración del rey Alfonso XIII y en 1910 se encomendó a Benigno de la Vega-Inclán y Flaquer (marqués de la Vega-Inclán), que lo impulsó desde su condición de Comisario Regio de Turismo<sup>7</sup>. A esta Comisaría creada por *Real Decreto de 19 de junio de 1911*<sup>8</sup> y orgánicamente dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros, debemos, por lo tanto, la construcción del primer establecimiento de la que sería la *Red de Paradores Nacionales y Albergues de Carretera*.

De acuerdo con la propuesta efectuada en 1926 por el Marqués de Vega-Inclán, el lugar elegido para la ubicación del primero de estos alojamientos fue la sierra de Gredos<sup>9</sup>. En el verano de ese mismo año comienzan las obras que finalizarían el 9 de octubre de 1928 con la inauguración por el mencionado monarca del que sería, como he dicho, el primer

establecimiento turístico estatal. Durante algún tiempo sus huéspedes fueron principalmente los interesados en practicar la caza, afición ésta que desde siempre se ha atribuido a los más pudientes; pero al paso de los años la idea de viajar —o del turismo, si se prefiere— se impuso respecto de otro tipo de consideraciones, de tal forma que progresivamente se transformó en una actividad accesible a todas las personas con un mínimo poder adquisitivo.

Lo que aquí interesa es que la expansión turística motivó la apertura de nuevos paradores en lugares escogidos a tal fin. A este respecto se tuvo en cuenta un criterio que debería seguirse en todo caso: que las distancias entre ellos pudiesen recorrerse en una jornada en los coches de la época. La ubicación de tales alojamientos, por tanto, nunca ha sido casual.

El calculado emplazamiento de los paradores ha sido una constante a lo largo de su historia, aspecto éste que se relaciona estrechamente con la permanencia de los objetivos básicos a los que obedecen. En síntesis, el planteamiento que tradicionalmente se ha hecho —y que se sigue haciendo— radica, en primer lugar, en que el Estado debe favorecer la creación de plazas hoteleras en lugares que pese a su atractivo turístico resulten poco rentables para la iniciativa privada. Pero hay otro aspecto también importante, y es que siempre que sea posible ha de optarse por el aprovechamiento de edificios y recintos de reconocida importancia histórica para la instalación del parador.

Inaugurado el Parador de Gredos, los esfuerzos se dirigen a consolidar la estrategia inicialmente planteada. Se trata, en definitiva, de fomentar el turismo español mediante la instalación de nuevos Paradores en espacios monumentales y parajes de gran belleza natural. Éste fue uno de los cometidos del *Patronato Nacional de Turismo*, que en virtud del *Real Decreto de 25 abril de 1928* sustituyó a la Comisaría Regia y asumió sus funciones<sup>10</sup>. No obstante, en este aspecto deben hacerse ciertas precisiones. Si el órgano precedente había optado por el fomento del turismo al objeto de coordinar los diversos organismos competentes en materia turística, el Patronato Nacional fue más allá; incidió con mayor intensidad en dicho fomento contribuyendo a mejorar la imagen de España en el ámbito internacional. En este período se generaliza una política tendente a intervenir en la edificación de hoteles en determinados lugares y con determinada calidad, aprobándose un *Plan General de Paradores* que se encomendó a la denominada “Junta de Paradores y Hosterías del Reino” en 1928.

Desde entonces la red fue expandiéndose progresivamente. Sucesivas inauguraciones de paradores en Oropesa (Toledo-1930), Úbeda (Jaén-1930), Ciudad Rodrigo (Salamanca-1931) o Mérida (Badajoz-1933) son claros ejemplos de cómo se adecuaron las peculiaridades del hospedaje con la restauración de castillos, palacios y conventos. De este modo se rescataron de la ruina y del abandono monumentos vinculados al patrimonio histórico español, evidenciándose el éxito de la iniciativa proyectada por la antigua Comisaría Regia en un corto período de tiempo. De hecho, la construcción de otros muchos paradores que siguieron al de Gredos dotó a España de un atractivo turístico y de una proyección internacional insólita en aquella época. Piénsese que los años treinta estuvieron tristemente marcados por los conflictos bélicos. En el ámbito internacional coinciden con el período de entreguerras y en el caso de España enmarcan la guerra civil.

Pero aunque pueda resultar un tanto sorprendente, tras la contienda librada en la península el Estado promocionó el turismo oficial<sup>11</sup>. Incluso antes de que el conflicto hubiese finalizado se creó el *Servicio Nacional de Turismo*, que asumió las funciones de la Junta de Paradores. Después, por Ley de 8 de agosto de 1939, dicho Servicio pasó a denominarse *Dirección General de Turismo*. Este órgano estuvo adscrito al Ministerio de la Gobernación hasta 1951, año en el que pasó a depender del Ministerio de Información y Turismo<sup>12</sup>. El

cambio fue consecuencia de la norma de creación de este Departamento ministerial — *el Decreto-Ley de 19 de abril (o de julio) de 1951-*, que encomendó al nuevo Ministerio las competencias turísticas y a la Dirección General el ejercicio de facultades de intervención directa en el sector<sup>13</sup>.

A los efectos que aquí interesan, el papel desempeñado por este órgano directivo es fundamental porque durante décadas tuvo encomendada la gestión de los paradores. En este extremo únicamente deben advertirse ciertos cambios de régimen jurídico. Si en la fase inicial del Ministerio es la propia Dirección General de Turismo la que gestiona y explota la *Red de Establecimientos Turísticos del Estado*, desde 1958 tales funciones se encomiendan a la ya mencionada Administración Turística Española (ATE), que se constituye como organismo autónomo dependiente de la citada Dirección General<sup>14</sup>.

Poco después, en 1962, ATE pasa a depender de la Subsecretaría de Turismo pero mantiene su naturaleza jurídica, según se desprende de un *Decreto de 14 de junio* del mismo año. Pero el cuadro organizativo cambia nuevamente tras la aprobación del Real Decreto de 210/1979, de 11 de marzo, que hizo depender a la Administración Turística Española del recién creado *Ministerio de Comercio y Turismo*, a través de la Dirección General de Empresas Turísticas. Bien es cierto, no obstante, que la reorganización no afectó a la configuración y funciones de ATE, que continuó siendo un organismo autónomo de los previstos en el párrafo 1.b) del art. 4º de la Ley General Presupuestaria de 1979.

En el período que acaba de referirse —es decir, 1962/1979-, la Red de Alojamientos Turísticos del Estado experimenta un notable crecimiento. Los estudios al respecto afirman que en la década de los sesenta llegó a contar con una treintena de establecimientos (entre albergues y paradores)<sup>15</sup>, un número que no dejó de aumentar en los años posteriores.

Esta tendencia ha venido manteniéndose al margen de los cambios organizativos que afectasen a la Red. En virtud de una Ley de Presupuestos del Estado de 1990, el organismo autónomo ATE se transforma en una sociedad estatal con la denominación de "Paradores de Turismo de España, S.A."<sup>16</sup>. Por consiguiente, desde 1991 esta peculiar cadena hotelera adopta la forma de sociedad anónima mercantil y tiene personalidad jurídica propia, aspectos estos que no implican cambio alguno en la titularidad de sus acciones. El cien por cien de éstas pertenecen al Estado, lo que significa, como es evidente, que el capital social de la empresa es totalmente público. A este respecto debe advertirse, por último, que queda reservada a la misma la gestión hostelera pero no la propiedad de los edificios, que pertenece en su mayoría al Patrimonio del Estado.

Con esta configuración ha llegado al momento actual la red de paradores. De acuerdo con la filosofía que tradicionalmente la ha inspirado, catorce de ellos están instalados en castillos, catorce en antiguos conventos, nueve en palacios, cuatro en casas solariegas, tres en recintos históricos, y cuarenta y seis en edificios de nueva planta, de los cuales dieciséis responden a la arquitectura local. Así pues, al objeto de establecer una clasificación puede decirse que tales establecimientos se configuran en inmuebles de importancia histórica, monumental o artística, o bien en edificios de construcción típica regional. En esto se diferencian los llamados *paradores históricos* de los *paradores regionales*<sup>17</sup>, que por lo demás tienen en común ciertas características y objetivos que se expondrán a lo largo de las siguientes páginas y que los individualizan con respecto a cualquier otro alojamiento turístico.

Atendiendo al primero de los aspectos señalados, los *aspectos que en esencia configuran la identidad de los paradores* son los siguientes<sup>18</sup>: primero, su *estratégica situación* en lugares escogidos por su valor monumental o por su belleza paisajística; segundo, su *instalación*

preferentemente en edificios de manifiesto valor histórico o artístico —no obstante, ya se ha señalado que es también frecuente la construcción de edificios de nueva planta, supuesto en el cual deben adaptarse al estilo de la región o de la comarca en la que se ubican-; y tercero y último, su *decoración acorde en todo caso con la estética del entorno*, y en este sentido, conforme al “tipismo” de la región.

### III. ASPECTOS ESENCIALES DEL SECTOR PÚBLICO TURÍSTICO EN LA ACTUALIDAD: EXPLOTACIÓN COMERCIAL Y PERMANENCIA DE FINES DE INTERÉS PÚBLICO

La rentabilidad que comporta el turismo justifica la progresiva asunción de la actividad hotelera por empresarios privados hasta llegar a asumirla casi en exclusiva. En este contexto, sin embargo, los paradores no han dejado de ser gestionados y explotados por el Estado, cometidos que en el momento presente desarrolla en concurrencia con los particulares y con sometimiento a las reglas del libre mercado. Estos matices un tanto obvios determinan que la actividad de gestión económica que desarrolla “Paradores de Turismo de España S.A” obedezca, en esencia, a la obtención de rentabilidad que persigue cualquier agente turístico. Pero esto no significa que el *status* de la Administración y el del resto de los empresarios del sector se equiparen en el tráfico privado. Ni mucho menos, pues de acuerdo con el art. 103.1 CE cualquier forma de actividad administrativa debe justificarse en el servicio objetivo al interés general, aspecto éste que diferencia de forma sustancial a los paradores de cualquier otro alojamiento turístico. Por lo demás, este importante matiz explica asimismo la doble faz que razonablemente comporta la gestión de tales establecimientos. Y es que si por una parte la sociedad pública “Paradores” viene adoptando planes estratégicos dirigidos a incrementar la competitividad y la eficiencia de la red, por otra mantiene el servicio a concretos fines de interés general cuya permanencia justifica su titularidad pública.

En este orden de consideraciones, la sociedad responsable de los paradores pretende ofrecer un servicio de calidad diferenciado y optimizar su gestión al objeto de incrementar beneficios<sup>19</sup>. Este planteamiento que, por cierto, es idéntico al que a tal fin rige la actuación del empresario privado, se ha traducido en el empleo de técnicas propias de este sector. Así lo demuestra la creación de un *departamento de innovación y desarrollo*, la realización de *auditorías internas* (dirigidas a revisar los sistemas de gestión y los equipamientos de la cadena) y la reestructuración de un nuevo *departamento de Calidad y Desarrollo Sostenible*. Esto último obedece a la idea de que ambos conceptos van unidos, pues un turismo de calidad como el que representan los paradores implica —o debería implicar— un desarrollo soportable ecológicamente a largo plazo y viable en términos económicos. Además, la empresa que nos ocupa ha tenido en cuenta que el respeto ambiental redundará en mejoras en el ahorro energético y de consumos, ahorro que, según viene sosteniéndose, pasa por la eficiencia en la gestión de recursos energéticos y naturales<sup>20</sup>.

En suma, razones como las mencionadas justifican que, de forma progresiva, “Paradores” haya implantado en sus establecimientos un *sistema de gestión medioambiental* al objeto de acreditar la efectiva conservación del entorno en el que se ubican. Por lo demás, cualquiera de las medidas señaladas obedece a la consecución de la excelencia empresarial que pretende todo operador —público o privado— y que en el caso de dicha empresa pública obedece a la necesidad de ocupar un puesto de liderazgo en el sector sin que ello obstaculice lo que ha de seguir siendo primordial: su actuación como instrumento de la política turística del Estado, y en este sentido, al servicio de diversos intereses públicos concurrentes.

El interés general se desprende de los objetivos que tradicionalmente han correspondido a la red y que se cifran en los siguientes: primero, el *desarrollo económico en relación con un sector de importancia esencial para España como es el turístico*; segundo, la *defensa del patrimonio histórico de titularidad estatal*; y tercero, la *difusión de la riqueza cultural y paisajística de nuestro país*. Estos constituyen los que razonablemente pueden considerarse los objetivos esenciales de la red, pero no son los únicos.

Desde el punto de vista de los intereses públicos en presencia, merece también ser destacado que los paradores suplen la ausencia de plazas hoteleras en determinadas zonas del país en las que sirven de polo de atracción a la iniciativa privada, lo que a su vez redundaría en *diversificación de la oferta turística, menor saturación* de los destinos más habituales —que son normalmente los de sol y playa—, y por consiguiente, menor deterioro ambiental<sup>21</sup>. Desde esta perspectiva los paradores contribuyen notablemente al desarrollo del *“turismo sostenible”*, es decir, aquel que no supone una amenaza para el medio ambiente físico o para los recursos culturales. Por otra parte resulta que, por análogas razones, su actual gestión favorece lo que se conoce como *“turismo alternativo”*, modalidad que comporta la promoción y defensa del patrimonio natural y cultural, garantizando al tiempo un turismo viable económicamente y equitativo desde el punto de vista de sus enclaves.

En fin, la permanencia de estos fines de interés general legitima la de los paradores en la esfera pública y pone de manifiesto que, pese a las coincidencias y a los paralelismos que puedan establecerse entre la actividad hotelera convencional y la del ente gestor de tales establecimientos, la gestión de la red difiere de la privada, particularmente en aquellos aspectos que no comportan rentabilidad<sup>22</sup>. Es por ello que si bien la actividad hotelera en edificios singulares no es exclusiva de *“Paradores de Turismo de España”*, sí lo es, en cambio, haber sabido aunar eficazmente la actividad empresarial —o si se prefiere, de gestión económica— con el fomento de las costumbres y de las actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura de nuestro país.

#### IV. PARADORES Y LA DEFENSA DEL PATRIMONIO CULTURAL

##### A. Breves consideraciones sobre la vinculación entre turismo y patrimonio: el turismo cultural

La modalidad turística que aquí se refiere comprende cualquier actividad consistente en *“realizar viajes, visitas y estancias a lugares geográficos para conocer los hechos históricos, artísticos, culturales y antropológicos que forman parte del patrimonio cultural de la humanidad, a través de los monumentos histórico-artísticos, museos, manifestaciones culturales y de espectáculos, rutas e itinerarios histórico-monumentales, asistencia a seminarios, simposios culturales, cursos de idiomas en el extranjero, manifestaciones folclóricas y antropológicas (artesanía, festivales de música, folk, jornadas gastronómicas, danzas típicas, etc.)”*<sup>23</sup>. Por lo demás dicha categoría no es sino un segmento del turismo vacacional que ha evolucionado de forma paralela al concepto de patrimonio cultural, evolución que se ha traducido en un creciente interés por los elementos que menciona el art.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español: inmuebles y objetos muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico. Tales son los elementos que conforme al mencionado precepto integran nuestro patrimonio histórico, concepto que asimismo comprende *“el patrimonio documental y bibliográfico, los yacimientos y zonas arqueológicas, así como los sitios naturales, parques y jardines, que tengan valor artístico, histórico o antropológico”*<sup>24</sup>.

En lo que aquí interesa, el turismo cultural representa en Europa un tercio de la demanda —el mismo porcentaje que el turismo de sol y playa— y en nuestro país cuenta cada vez con más adeptos<sup>25</sup>. Esto explica, entre otras razones, el considerable aumento del número de hoteles españoles instalados en edificios históricos y/o monumentales, una tendencia que comporta la creciente interconexión entre patrimonio cultural y turismo<sup>26</sup>.

En el ámbito jurídico hace tiempo que se asumió la realidad de esta relación<sup>27</sup>. Ya en 1964 la *Carta de Venecia de Conservación y Restauración del Patrimonio Histórico* destacaba la importancia que revisten la protección y la conservación de éste en orden a su futura función social, toda vez que el deterioro o la desaparición de un bien del patrimonio cultural comporta un empobrecimiento nefasto del acervo común de una determinada sociedad.

Posteriormente se perfiló de forma más nítida el concepto de “turismo cultural” vinculándolo al de desarrollo sostenible, lo que implica apostar por una gestión global de los recursos con el fin de asegurar su permanencia y conservar el patrimonio natural y cultural. Ello se pone de manifiesto en la *Carta del Turismo Sostenible* elaborada a resultas de la Conferencia Mundial del Turismo Sostenible que tuvo lugar en Lanzarote, en 1995.

Como no podía ser de otro modo, las instituciones comunitarias no han obviado la importancia del turismo cultural como recurso y fuente de ingresos para los Estados miembros, trascendencia que justifica sus recomendaciones en orden a que desde este ámbito se proponga “una oferta turística sostenible y de calidad, haciendo valer en particular su diversidad de paisajes y su extraordinaria riqueza cultural”<sup>28</sup>. En estos términos se ha pronunciado la Comisión, que apoya esta forma de turismo alternativo mediante diversos proyectos y el apoyo a cuantas actividades sirvan a su promoción.

Entre éstas destaca la nueva iniciativa “Encrucijadas de Europa”<sup>29</sup>, dirigida a promocionar los itinerarios culturales europeos y a sensibilizar acerca de su potencial turístico a los interesados, empresas, gestores de destinos turísticos y Administraciones nacionales y locales. En cuanto al por qué de la opción por el fomento de tales rutas, la Comisión la justifica en el hecho de que son transnacionales y representativas del patrimonio y de los valores comunes europeos. Actualmente hay veintinueve itinerarios de este tipo que cruzan ciudades, localidades y comunidades rurales de todo el continente y que presentan a Europa como destino turístico único<sup>30</sup>.

Por lo demás, se calcula que el turismo cultural representa el cuarenta por ciento del turismo europeo<sup>31</sup>. Dicho esto, fácilmente se comprenderá que no sea la Comisión la única que considera conveniente favorecer dicha modalidad turística. El Consejo de Europa no alberga duda alguna acerca de las ventajas de su adecuada gestión —tanto desde el punto de vista económico como del incremento de empleo-, toda vez que ambas instancias han evaluado, con resultados positivos, el impacto de la promoción de los itinerarios culturales en las pequeñas y medianas empresas del sector<sup>32</sup>.

Ya en el ordenamiento jurídico español, la normativa turística otorga singular relevancia a los bienes culturales —indistintamente de si son muebles o inmuebles— al considerarlos recursos turísticos que deben ser respetados y preservados evitando su degradación o destrucción. Esta premisa se recoge de una u otra forma en la *Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español* —en adelante LPHE— y en las diferentes leyes autonómicas reguladoras del turismo, normativa que por otra parte tiene un denominador común a los efectos que aquí interesan: entender que la protección y conservación del acervo cultural de cualquier territorio es un objetivo que debe regir, de forma prioritaria, la política turística adoptada en el mismo.

Dado que un repaso a las leyes autonómicas en la materia excedería la extensión y los objetivos de este capítulo, las siguientes páginas harán mención exclusivamente a la LPHE en cuanto que, al fin y al cabo, es la norma de cabecera en lo relativo a los bienes culturales de titularidad estatal.

## B. La promoción turística a través de la rehabilitación de inmuebles monumentales y de la defensa del patrimonio etnográfico

De acuerdo con lo señalado anteriormente, no sólo la empresa pública que nos ocupa presta servicios de hostelería en edificios de reconocido valor histórico y artístico. Conscientes del atractivo que comporta para buena parte del público alojarse en un palacio renacentista o en un castillo medieval, han ido *in crescendo*, tanto en nuestro país como en el resto de Europa, el número de cadenas hoteleras que desarrollan su actividad en edificios monumentales<sup>33</sup>. La razón de tal incremento es obvia. Radica en la rentabilidad que comporta dicho atractivo, un aspecto sin duda determinante tanto para el empresario privado como para el ente gestor de los paradores, y que justifica que además de la gestión y la explotación de los inmuebles elegidos a tal fin, asuman, cuando es necesario, la rehabilitación e incluso la reconstrucción de algunas de sus partes.

Sin embargo, resultando lo dicho incuestionable, debe asimismo reconocerse que todo lo concerniente a la recuperación de edificios monumentales con fines turísticos adquiere particular relevancia en relación a la sociedad estatal que nos ocupa. Más aún, dicha faceta constituye uno de los aspectos más emblemáticos de la red, pues si tradicionalmente la estudiada ubicación de los paradores ha constituido una de sus señas de identidad, durante los últimos años la empresa ha venido primando su expansión en recintos singulares por su valor histórico-artístico<sup>34</sup>.

Esta estrategia ha hecho de la red de paradores uno de los mejores y más sólidos promotores del turismo cultural en nuestro país, consideración que no sólo deriva de la amplia labor de rehabilitación de inmuebles monumentales que en numerosas ocasiones comporta dicha opción, sino también de un notable esfuerzo de recuperación del patrimonio etnográfico.

En el primer aspecto mencionado, dicha labor de rehabilitación se traduce en un importantísimo número de paradores de cuya estética se desprende un manifiesto valor histórico-artístico y que abren sus puertas en castillos, conventos, palacios y hospitales, caso este último del Parador de Santo Domingo de la Calzada o del Hostal de los Reyes Católicos (hoy Parador de Santiago de Compostela), cuya labor asistencial estuvo históricamente vinculada al peregrinaje<sup>35</sup>. A estas clases hay que añadir otras menos habituales tales como las *construcciones de carácter defensivo y casas de tipo señorial*, modalidades que junto con los Monasterios de Cangas de Onís, Santo Estevo (Ourense) y Monforte de Lemos (Lugo), completan la diversidad constructiva de los paradores históricos.

Como fácilmente se comprenderá, el valor histórico-artístico de estos recintos exige el adecuado nivel de protección que sólo el Derecho puede brindarles. Es por esto que la mayoría de los paradores ubicados en inmuebles como los señalados han sido declarados Bienes de Interés Cultural (en adelante BIC) con la categoría de *monumentos*, circunstancia a la que se suma el hecho de que no es en absoluto infrecuente que formen parte de *Conjuntos Históricos* declarados y protegidos como tales<sup>36</sup>. Tal es precisamente el caso del Hostal de los Reyes Católicos, que además de poseer la calificación de monumento es parte del Conjunto Histórico-Artístico de Santiago de Compostela, coincidencia a la que cabe añadir que esta ciudad es Patrimonio de la Humanidad desde su declaración como tal en 1985.

Asimismo, sin perjuicio de integrar conjuntos históricos conforme a la LPHE, han sido declarados también monumentos los Paradores de Alarcón, Alcalá, León, Olite, Tortosa,

Zafra y Zamora. A otros, en cambio, sólo les corresponde una de esas calificaciones, de tal forma que mientras los de Hondarribia, Jaén, Oropesa y Plasencia, tienen la consideración de monumentos, carecen de ella pero son parte del conjunto histórico en el que se localizan los paradores de Baiona, Cambados, Monforte de Lemos, Sigüenza, y el Palacio Ducal de Lerma.

Cualquiera de los mencionados gozan, pues, de la singular protección y tutela que conforme al art. 9 de la LPHE corresponde a los bienes de interés cultural, categoría que no en vano pasa por ser la más relevante de las integrantes del Patrimonio Histórico Español. Por lo demás, el reconocimiento legal de dicha relevancia y la consiguiente declaración de un parador como bien de interés cultural conlleva una serie de efectos que ponen al descubierto el intenso régimen de intervención administrativa que ya se ha estudiado<sup>37</sup>.

Los objetos de interés cultural que puedan encontrarse en los paradores son también objeto de tutela, pues no en vano las leyes distinguen entre muebles e inmuebles al trazar el régimen jurídico de los bienes que integran el patrimonio cultural. Al objeto de ofrecer una exposición lo más sistemática y ordenada posible, también en un momento anterior se analizó el pertinente régimen de protección distinguiendo entre los pertenecientes a paradores declarados BIC y aquellos otros encontrados en establecimientos históricos de la red que no tienen tal consideración<sup>38</sup>.

Bien es cierto, no obstante, que aunque los bienes muebles contenidos en los paradores pueden ser declarados de interés cultural en atención a su valor desde este punto de vista, tal declaración recae mayoritariamente sobre los inmuebles. Este resultado es comprensible si se tiene en cuenta que los primeros cuentan con una categoría específica de protección: el Inventario General al que acceden todos los bienes muebles relevantes que no han sido declarados BIC; en relación a los otros, en cambio, únicamente resulta aplicable la categoría jurídica de protección que ambos tipos de bienes comparten.

Y una última precisión al respecto: declarados de interés cultural o no, inventariados o no, el deber de conservación, mantenimiento y custodia de los bienes de interés cultural —muebles e inmuebles— gestionados por “Paradores de Turismo de España, S. A”, es uno de los que con mayor intensidad incumbe —y vincula— a la empresa. De ello no cabe duda alguna a la luz del art. 36.1 de la LPHE, precepto que al igual que los concordantes de las Leyes autonómicas aprobadas en la materia, consagra el correspondiente mandato positivo de hacer en los siguientes términos: “Los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español deberán ser conservados, mantenidos y custodiados por sus propietarios o, en su caso, por los titulares de derechos reales o por los poseedores de tales bienes”.

De forma un tanto genérica e imprecisa, pues, configura el legislador estatal ese deber que, sin embargo, sienta con claridad los destinatarios del mismo, que no son otros que los titulares de bienes integrantes del patrimonio histórico. A ellos concierne su mantenimiento en el estado que en cada caso exija la adecuada preservación de su valor cultural, de ahí que el precepto opere en un doble sentido: por una parte, exigiéndoles cuantas actuaciones concretas sean necesarias para la conservación del bien del que se trate; por otra, prohibiendo todas aquéllas que puedan degradarlo, resultando indistinto a estos efectos cuál sea su finalidad o justificación. De ello se extrae que lo establecido en el art. 36.1 de la LPHE comporta, en concreta referencia a la sociedad estatal que nos ocupa, el deber de custodiar los paradores históricos en las condiciones que garantizan que los ciudadanos puedan admirar la monumentalidad y los valores culturales inherentes a los mismos.

En cuanto a la labor aludida de recuperación del patrimonio etnográfico, la empresa pública que nos ocupa promociona itinerarios culturales —caso, por ejemplo, del Camino

de Santiago-, fomenta la gastronomía propia de la zona en la que se ubica cada parador y organiza talleres y cursos para dar a conocer oficios artesanales, peculiaridades históricas y, en general, la cultura popular de sus enclaves. Es así como “*Paradores de Turismo de España*” contribuye a la defensa del patrimonio etnográfico, pues el art. 46 de la LPHE sienta que tal categoría es comprensiva de “los bienes muebles e inmuebles y los conocimientos y las actividades que son o han sido expresión relevante de la cultura tradicional del pueblo español en sus aspectos materiales, sociales o espirituales”. En estos términos se configura una nueva categoría de bienes culturales cuyo régimen jurídico se condensa en el art. 47 de la misma norma, precepto cuyos apartados 1 y 2 remiten el de los bienes etnográficos muebles e inmuebles al común de unos y otros. Así pues, mientras que a los primeros se les aplica la regulación de los bienes que figuran en el Inventario General, a los inmuebles les corresponde el mismo régimen de protección que los BIC.

Para terminar en lo concerniente a la contribución del ente gestor de los paradores a la conservación del patrimonio etnográfico, no estará de más apuntar que dicha labor dista de ser intrascendente desde el punto de vista de la promoción y defensa del patrimonio histórico, pues ya ha debido quedar claro que esta categoría no sólo es comprensiva de los inmuebles y objetos muebles de interés cultural, sino también de nuestras costumbres gastronómicas, creencias... Y todo ello en el marco de la cada vez más pujante vinculación entre turismo y patrimonio habida cuenta que, en un contexto altamente competitivo como el actual, la oferta de elementos vinculados a la cultura tradicional como la arquitectura popular y religiosa, todo lo que tenga que ver con las costumbres etnográficas de un pueblo —incluido el patrimonio inmaterial-, y la posibilidad de alojamiento en lugares emblemáticos por su valor histórico-artístico, redundan en un mayor atractivo e incremento de beneficios.

En fin, rehabilitación de edificios monumentales, conservación de bienes muebles de interés cultural y recuperación del patrimonio etnográfico son tres facetas que permiten concluir la importancia de dicha empresa pública desde el punto de vista de la defensa del patrimonio histórico español, y en consecuencia, la de su solidez como referente del turismo cultural en nuestro país.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

De acuerdo con lo expuesto en las páginas precedentes, la gestión pública de los paradores, independientemente de las formas jurídicas adoptadas, nunca ha traicionado los objetivos fundacionales de la red. Sinónimo de turismo de calidad, la estudiada ubicación de dichos establecimientos siempre ha servido a la conservación del patrimonio histórico y a la difusión de la variada riqueza cultural y paisajística de nuestro país. Prueba de ello es que, además de abrir sus puertas en nueve ciudades declaradas Patrimonio de la Humanidad, más de la mitad de los paradores se localizan en un entorno monumental.

Por otra parte, el fomento de rutas y destinos culturales, la proyección de una imagen de modernidad y calidad de nuestra hostelería o la contribución al desarrollo económico de zonas poco beneficiadas, no son sino reflejo de la política turística que el Estado ha venido defendiendo a lo largo de los años. En este aspecto, los paradores de turismo han venido constituyendo un eficaz instrumento al servicio de los fines planteados por el aquel, que ha ostentado su titularidad y dispuesto su régimen jurídico a la luz de los cambiantes principios por los que se rige la intervención pública en la economía.

## NOTAS

1. La intervención administrativa en el turismo está estrechamente vinculada a la propia evolución de la organización administrativa en la materia, por lo que sus fundamentos y su desarrollo son esencialmente los mismos. Resumiendo en lo fundamental, en sus orígenes dicha organización tiene como principal objeto fomentar el turismo a través de diversos órganos como la Comisión Nacional para el Fomento del Turismo (1905), la Comisión Regia del Turismo (1911) o el Patronato Nacional del Turismo (1928). Desde 1951 las competencias turísticas se ejercen a través de la Dirección General de Turismo y se constatan facultades de intervención directa acompañadas de una exhaustiva y densa producción normativa. Esta tendencia se advierte particularmente desde la creación del Ministerio de Información y Turismo en 1962, época en la que además de reglamentarse la totalidad de las actividades y de las empresas inherentes al sector, se amplió el ámbito de intervención al atribuirse las competencias correspondientes a dos Direcciones Generales: la de Promoción Turística y la de Empresas y Actividades Turísticas. Para un planteamiento más exhaustivo al respecto, vid. J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Derecho Público del Turismo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2004, págs. 55 y ss.
2. Como agente de viajes el Estado actuó siempre mediante empresas filiales, como fue el caso de Viajes Marsans. En 1980 ATESA fue definitivamente transferida a esta empresa por el INI, operación ésta que no impidió que el Instituto siguiese controlando su Consejo de Administración por disponer de la mayoría de su capital social. Véase A. CALONGE VELÁZQUEZ, "Aproximación al estudio del sector público turístico", en la obra colectiva *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Ramón Martín Mateo*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 3081.
3. No obstante, las funciones asumidas por ATE se extendieron también a la gestión de servicios complementarios. Por una parte, a los espacios de uso deportivo bajo la denominación de "Establecimientos Turísticos de Deporte", que eran los cotos de caza y pesca y el campo de golf de Torremolinos. Por otra, asumió asimismo la puesta en marcha de itinerarios turísticos, las denominadas "Rutas Nacionales de Turismo". Esta actividad constituyó una iniciativa dirigida a generar movimiento turístico mediante la promoción de itinerarios escogidos. Vid. M. VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística. Gobierno y Administración Turística en España (1952-2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 120.
4. Estos datos en VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística*, op. cit., pág. 193.
5. Ejemplo de estos "hoteles urbanos" fueron el Hostal de los Reyes Católicos (Santiago de Compostela), el Hostal de San Marcos (León) y el Hotel Muralla de Ceuta, las tres construcciones sobre monumentos histórico-artísticos que llevó a cabo ENTURSA. Sería precisamente por su monumentalidad que años después se excluirían de las negociaciones de venta de dicha empresa y pasarían, en consecuencia, a integrar la red de paradores.
6. Sobre la privatización de ATESA y Viajes Marsans, vid. VELASCO GONZÁLEZ, *La política turística*, op. cit., págs. 226 y 384.
7. Este cargo era designado libremente por el Gobierno con la categoría de jefe superior de la Administración civil, que desempeñaba gratuitamente sus funciones. Éstas consistían en dirigir las propias de la Comisaría Regia de Turismo, consistentes desde 1911 en la coordinación de los diversos organismos competentes que fueron surgiendo en todo el ámbito turístico. En referencia a las concretas atribuciones de dicha Comisaría y a su organización, J. M. PÉREZ FERNÁNDEZ, "Organización administrativa del turismo", en el vol. col. *Derecho Público del Turismo*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 56.
8. Gaceta de Madrid, núm. 171, de 20 de junio de 1911.
9. Los datos a este respecto se han tomado de N. CARO, *Paradores de España*, Agualarga, Madrid, 2003, pág. 9. Véase asimismo L. FERNÁNDEZ FUSTER, *Historia general del turismo de masas*, Alianza Editorial, Madrid, 1991, págs. 281 y ss.; M<sup>a</sup>. M. CEBALLOS MARTÍN, "Aspectos histórico-jurídicos de la entidad estatal empresarial Paradores de Turismo", DA, núm. 259-260 (2001), pág. 356; J. L. PALMA FERNÁNDEZ, "Ordenación jurídica de los Paradores de Turismo de España", en el vol. col. *Turismo. Organización administrativa, calidad de servicios y competitividad empresarial* (dirigido por D. BLANQUER CRIADO), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 116.
10. Véase PÉREZ FERNÁNDEZ, "Organización administrativa...", cit., pág. 57.
11. Tal aspecto ha sido destacado por CALONGE VELÁZQUEZ, "Aproximación...", cit., pág. 3979.
12. Así consta en PALMA FERNÁNDEZ, "Ordenación jurídica...", cit., pág. 117, y en CALONGE VELÁZQUEZ, "Aproximación...", cit., pág. 3979.
13. El dato no es en absoluto irrelevante, pues hasta entonces la actividad administrativa desarrollada era, en su mayor parte, de fomento turístico. No obstante, esta tendencia había empezado a manifestarse antes. Según C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, ya desde finales de los años treinta el fomento había ido disminuyendo a medida que aumentaba la actividad de limitación administrativa (*Derecho administrativo del turismo*, Marcial Pons, Madrid, 2<sup>a</sup> ed. 2003, pág. 66).
14. El cambio referido se relaciona estrechamente con la aprobación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 27 de diciembre de 1958, que vino a avalar la creación de numerosos organismos autónomos.
15. PALMA FERNÁNDEZ, "Ordenación jurídica...", cit., pág. 119.
16. Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado (art. 81 Dos, punto 1).
17. En relación a ambas categorías, vid. CARO, *Paradores...*, op. cit. Asimismo, si bien en concreta referencia a los de valor histórico-artístico, F. ONTAÑÓN y J. ESLAVA GALÁN, *Paradores históricos*, Lunweg, Madrid, 1999.
18. Vid. CEBALLOS MARTÍN, "Aspectos histórico-jurídicos...", cit., págs. 360 y 361.
19. Las actuaciones previstas a tales fines se recogen en los Planes Estratégicos de la empresa "Paradores de Turismo", que no son sino las hojas de ruta por las que discurre su gestión a los efectos allí contemplados. Su contenido puede consultarse en la página web de la empresa ([www.paradores.es](http://www.paradores.es)).
20. Prueba de lo dicho es la iniciativa denominada "Parador verde". Esta iniciativa se recoge en el plan estratégico 2009-12 y establece una serie de actuaciones concretas para garantizar la sostenibilidad, la eficiencia energética, el consumo responsable y la responsabilidad social empresarial. A tales fines, la iniciativa contempla expresamente medidas tales como el ahorro energético, la reducción de emisión de gases, la utilización de energías limpias y recursos renovables, la eliminación del Fuel-Oil, la implantación de dispositivos para ahorrar agua, etc. Además de estas medidas, la empresa ha previsto, por otra parte, elaborar un "protocolo verde" de estándares de sostenibilidad con la intención de que lo aplique no sólo "Paradores de Turismo" sino todo el sector. Estos datos en la dirección electrónica [www.paradores.es](http://www.paradores.es).
21. Bien es cierto, no obstante, que la sostenibilidad referida no puede lograrse únicamente mediante la diversificación turística, y esto por dos razones: la primera, por la vocación minoritaria de los lugares en los que pueden llevarse a cabo nuevas formas de turismo como el cultural o el deportivo; por otra parte, porque tales destinos minoritarios suelen presentar una mayor fragilidad ambiental, de ahí que la diversificación no sea suficiente y sean necesarios, para prevenir cualquier daño del entorno, el empleo de concretos mecanismos de control ambiental.

22. Este planteamiento es perfectamente lógico considerando que la sociedad estatal que nos ocupa no dispone por norma del margen de decisión que corresponde, con carácter general, a los agentes económicos ajenos a la Administración. Al respecto cabe apostillar que los entes instrumentales carecen de autonomía de la voluntad, resultando indiferente a estos efectos que desarrollen su actividad bajo formas de Derecho privado. Ello implica que la legitimidad de las actuaciones de dichos entes depende de la observancia de las ordenadas establecidas por el art. 103.1 de la CE, y en este sentido, del cumplimiento del principio de eficacia y del servicio objetivo al interés general. En consecuencia, si respecto de la actuación privada es indiferente, dentro del ámbito de lo lícito, cuáles sean las motivaciones y los objetivos perseguidos, cualquier actuación de las entidades que integran el sector público ha de poder justificarse en la satisfacción de intereses públicos concretos.
23. Esta definición en J. MONTANER MONTEJANO, J. ANTICH CORGOS Y R. ARCARÓN SIMÓN, "Diccionario de turismo", Madrid, 1998, págs. 372 y 373.
24. Art. 1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español in fine.
25. Según la Organización Mundial del Turismo, la popularidad de la mencionada actividad está aumentando en todo el mundo con mayor rapidez que la mayoría de los segmentos del turismo. Así lo destaca en el Informe que lleva por título "Turismo: Panorama 2020" (vid., en concreto, el Vol. 7: Previsiones y perfiles de los segmentos de mercado), OMT, Madrid, 2002. De acuerdo con esta tendencia, en España el turismo cultural ha experimentado el notable crecimiento que arriba se indica, incremento que, como se advierte en los estudios al respecto, resulta fácilmente comprensible habida cuenta del enorme potencial de recursos naturales y culturales con los que cuenta nuestro país. En este sentido, véase, por ejemplo, E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ, "Turismo y patrimonio cultural", en J. M. Pérez Fernández (Dir.), Derecho Público del Turismo, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 163.
26. En el sentido indicado, la tendencia a aprovechar edificios de valor histórico y artístico por parte de las cadenas hoteleras ha ido en crescendo en nuestro país. Ilustrativo al respecto es el caso de AC, Sol Meliá o NH, que han abierto sus puertas en ciertos establecimientos considerados únicos por su monumentalidad bajo una determinada marca distintiva ("Selección Oro" en el caso de los NH, AC Selection, etc.). Pero no sólo cadenas hoteleras tan consolidadas como las referidas pueden jactarse de prestar sus servicios en palacetes e inmuebles singulares. Otras más modestas en cuanto al número de establecimientos que agrupan que no sólo ofrecen alojamiento en hoteles de nueva construcción, sino también en edificios emblemáticos de la historia y de la cultura de nuestro país. Es el caso de Estancias de España, de Hosterías-Hospederías Reales, y de Hoteles con Encanto. Entre los establecimientos ubicados en inmuebles históricos que agrupa esta última destacan la Casa de Carmona —en la localidad del mismo nombre— y Las Casas de la Judería en Sevilla. El primero está ubicado en el palacio de Lasso de la Vega y mantiene la estructura original del siglo XVI. El segundo no es sino la antigua residencia del Duque de Béjar, que se conserva incluyendo las estancias destinadas al servicio y a los invitados. Ambos ejemplos se mencionan en E. VADILLO LOBO, "Paradores de Turismo de España y el Patrimonio cultural", Estudios Turísticos, núm. 150 (2001), pág. 89, que asimismo hace referencia a los establecimientos dependientes de las otras dos agrupaciones mencionadas.
27. Sobre tal interconexión y el modo en el que ha venido evolucionando, véase MARTÍNEZ JIMÉNEZ, "Turismo y patrimonio cultural", cit., págs. 161 a 163, así como la documentación que se menciona en el mismo lugar.
28. Vid. Comunicación de la Comisión "Europa, primer destino turístico del mundo: un nuevo marco político para el turismo europeo", Bruselas, COM (2010) 352/3.
29. Al respecto puede consultarse el apartado dedicado al turismo cultural de la página web de la Comisión Europea ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)), lugar en el que los itinerarios arriba mencionados se presentan como un medio privilegiado para promocionar la oferta turística cultural europea.
30. Por lo demás, su diversidad los hace particularmente atractivos; desde rutas de peregrinación, como el camino de Santiago de Compostela, pasando por los itinerarios de Mozart o la ruta de los vikingos; de la ruta del olivar a la ruta mercantil hanseática... Vid. [http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/cultural/routes/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/sectors/tourism/cultural/routes/index_en.htm), donde asimismo consta que en junio de 2014 Galicia albergará las terceras "Encrucijadas de Europa".
31. El dato se ha extraído de la ya mencionada página web de la Comisión Europea.
32. Al respecto puede verse el estudio "El impacto de los itinerarios culturales europeos en la innovación, competitividad y agrupación de las PYME", accesible a través del enlace [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu)
33. Entre las organizaciones supranacionales que destinan sus recursos a la promoción y comercialización de hoteles ubicados en edificios monumentales destaca la European Federation of Traditional Accommodation and Historic Houses, que reúne a varias agrupaciones hoteleras para llevar a cabo una promoción conjunta. Estas agrupaciones integran a su vez a los hoteles y restaurantes localizados en edificios históricos de un mismo país, como sucede con Estancias de España y Hosterías-Hospederías Reales, que desarrollan su actividad en nuestro país; los Pride of Britain, en el Reino Unido; Irish Country Houses, en Irlanda; Château Accueil, en Francia; Sholshotels & Herrenhauser, en Austria; Abitare la Storia, en Italia; así como las Pousadas, en Portugal. Otra organización que persigue fines del tipo de los mencionados es la denominada Europe Traditionae Consortium, si bien presenta algunas diferencias en relación a la anterior de las que da cuenta E. VADILLO LOBO, "Paradores...", cit., pág. 86.
34. Entre las inauguraciones más significativas a estos efectos se encuentran el parador de la Granja de San Ildefonso y el de Alcalá de Henares. Para la puesta en funcionamiento del primero se rehabilitaron dos edificios tradicionalmente vinculados a la Administración del Real Sitio de San Ildefonso: la Casa de Infantes y el Cuartel de Guardias de Corps; en cuanto al otro —el parador de Alcalá de Henares, el esfuerzo ha sido también notable porque ocupa un colegio-convento de dominicos de Santo Tomás que data del siglo XVII. Este inmueble y la Hostería del Estudiante —situada en el antiguo Colegio de San Jerónimo (fundado por el Cardenal Cisneros en 1510), frente al Patio Trilingüe de la Universidad de Alcalá de Henares— forman parte del conjunto monumental de la ciudad Complutense, declarado Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1998. Además, por poner algún otro ejemplo cabe asimismo mencionar el parador ubicado en el Monasterio de Santo Estevo (Ourense) y el parador de Fray Bernardo de Fresneda (Santo Domingo de la Calzada). Este último ocupa el Convento de San Francisco (siglo XVI), que se encuentra en plena Ruta Jacobea. Más recientes son los paradores que han abierto sus puertas en la alcazaba musulmana de Lorca (Murcia), en la Iglesia y en el Convento de San Francisco de Morella (Castellón), así como en una antigua hostería de la Red en el caso del parador de La Cruz de Tejeda (Gran Canaria).
35. En efecto, la construcción del parador de Santiago obedece a la necesidad que advierten los Reyes Católicos de dar hospedaje a los peregrinos y "cumplido y decoroso servicio a todos los devotos enfermos y sanos que a la ciudad llegaren". Con tal objeto se construye entre 1511 y 1524 el antiguo hospital Real de peregrinos en la plaza del Obradoiro, un espacio urbano monumental compuesto además por la catedral, el colegio de San Jerónimo y el palacio de Raxoi —actual sede del ayuntamiento—. El estilo arquitectónico de la fachada del parador y otros detalles al respecto pueden consultarse F. ONTAÑÓN Y J. ESLAVA GALÁN, Paradores históricos, cit., págs. 32 a 43.
36. El art. 14.2 de la LPHE habilita la referida coincidencia al disponer que "Los bienes inmuebles integrados en el Patrimonio Histórico Español pueden ser declarados Monumentos, Jardines, Conjuntos y Sitios Históricos, así como Zonas Arqueológicas, todos ellos como Bienes de Interés Cultural".
37. S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, "La defensa del patrimonio histórico desde la Administración Turística del Estado", REDA, núm. 147 (2010), en particular págs. 629 a 637.
38. Vid. S. RODRÍGUEZ-CAMPOS, "La defensa del patrimonio histórico...", cit., págs. 635 a 637.



JOSÉ MARÍA GIMENO FELIÚ\_(gimenof@unizar.es)\_Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza\_  
Presidente Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón\_Director del Observatorio de Contratos Públicos, España

# Reforma de la normativa europea sobre contratación administrativa y transparencia en la contratación por parte del sector público\*

Reforma da normativa europea sobre contratación administrativa e transparencia na contratación por parte do sector público

*Reform of the European regulations on public procurement and transparency in the public sector*

**&Resumen:** La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación prevista en el DOUE para el 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas. Este artículo analiza esta nueva regulación, que obliga a reformar la legislación contractual española.

**&Palabras clave:** contratación pública, transparencia, nueva regulación de los contratos públicos

**&Abstract:** The EU has just finished a new process of adaptation of the regulation of public contracts (to be published in the OJ on the 28th March 2014). The point is to pass to Directives on public procurement of fourth generation, which aim to established a more competitive and linked to concrete public policies public procurement setting. This article analyses this new regulation, which forces Spain to reform its procurement laws.

**&Key words:** public procurement, transparency, new regulation of public contracts



## I. INTRODUCCIÓN. MOTIVOS DE LA REFORMA

La Unión Europea acaba de culminar un nuevo proceso de adaptación de la normativa de contratación pública (con fecha de publicación prevista en el DOUE para el 28 de marzo de 2014). Se trata de las Directivas de contratos públicos de cuarta generación, que pretenden un escenario de contratación pública más competitivo y ligado a concretas políticas públicas<sup>2</sup>. Si bien las Directivas de 2004 han supuesto un notable avance<sup>3</sup>, se constata la insuficiencia de su regulación en un contexto de crisis económica y de “redefinición” de políticas públicas, lo que aconsejaba un nuevo paquete legislativo, que debería ser ambicioso tanto en sus principios como en la concreta arquitectura jurídica que se propusiera para poder contribuir así a la consecución de los objetivos de la estrategia Europa 2020<sup>4</sup>. La revisión de las directivas sobre contratación pública que ha iniciado la Comisión se inscribe en un programa de conjunto cuyo objetivo es una modernización en profundidad del sistema público de contratación en la Unión Europea para ser más eficientes y diseñar políticas que permitan un mayor crecimiento en un contexto de globalización económica<sup>5</sup>. Lo que no significa una liberalización “sin restricciones” a la política de contratación pública. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de mayo de 2011, sobre la igualdad de acceso a los mercados del sector público en la UE y en terceros países, y sobre la revisión del marco jurídico de la contratación pública, incluidas las concesiones (publicada en el DOUE 7 de diciembre de 2012), se insiste en los comentarios incluidos en su Resolución del 18 de mayo de 2010 sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, en el que, si bien se opone enérgicamente a las medidas proteccionistas en el ámbito de la contratación pública a escala mundial, cree firmemente en el principio de reciprocidad y proporcionalidad en dicho ámbito y, en este sentido, pide a la Comisión que realice un análisis detallado de las posibles ventajas y problemas asociados con la imposición de restricciones proporcionadas y específicas al acceso a determinados sectores de los mercados de contratación pública de la UE, una evaluación de impacto que analice cuándo pueden aplicarse, así como una evaluación del fundamento jurídico que requeriría este instrumento, para aquellos socios comerciales que se benefician de la apertura del mercado de la UE pero que no han demostrado intención alguna de abrir sus mercados a las empresas de la UE, alentando a la vez a los socios de la UE a que ofrezcan a las empresas europeas condiciones de reciprocidad y proporcionales en el acceso al mercado, antes de proponer cualquier otro nuevo texto en el ámbito de la contratación pública. Asimismo, el Parlamento pide a la Comisión que evalúe los problemas asociados con las ofertas extraordinariamente bajas y que proponga soluciones adecuadas; recomienda a las autoridades contratantes que faciliten información temprana y suficiente a otros licitadores en caso de ofertas anormalmente bajas, con el fin de que puedan valorar si existen motivos para iniciar un procedimiento de recurso; y considera urgente que la UE alcance una mayor coherencia entre su política comercial exterior común y la práctica existente en los Estados miembros de aceptar ofertas excepcionalmente bajas de empresas cuyos países de origen no son signatarios del Acuerdo de Contratación Pública (ACP), en perjuicio de empresas de la Unión Europea y de las normas laborales, sociales y medioambientales de los Estados miembros de la Unión<sup>6</sup>.

En este contexto, la aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas, que aun conocidas, merecen un comentario. La primera, que el objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los

procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 de diciembre de 2000, ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados. Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como recuerda la STJUE de 15 de octubre de 2009, (Acoset), al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). Al respecto, es *leading case* la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general a cualquier procedimiento de licitación pública:

*«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).*

*67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/*

*CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».*

De ahí la necesidad de evitar que mediante fraccionamiento —que “alteran” el nivel de publicidad— se eludan los principios de publicidad y concurrencia<sup>7</sup>. Y lo mismo con una inadecuada tipificación de la prestación, lo que aconseja la extensión de la aplicación de los códigos CPV<sup>8</sup>.

La segunda que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede —y debe, diría— ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos<sup>9</sup>.

Esto significa que como se ha apuntado en anteriores trabajos, los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras<sup>10</sup>. Esta visión instrumental de la contratación pública nos conduce, como bien indica T. MEDINA, a hablar de la utilización de la contratación pública con el fin de orientar y afianzar comportamientos empresariales beneficiosos para el interés general sin que, necesariamente, estén conectados con la directa satisfacción funcional del contrato<sup>11</sup>.

La perspectiva instrumental de la contratación pública aconseja a que en la fase de selección se exija y valore el cumplimiento de la legislación comunitaria de medio ambiente y de política social<sup>12</sup>, pues lo contrario supone abandonar una herramienta de consolidación de políticas públicas de gran alcance y abonar el campo a una posible deslocalización del tejido empresarial hacia legislaciones que no recogen dichas políticas ya que, obviamente, se traducen en costes económicos que resultarían difícilmente rentables<sup>13</sup>. En esta línea debe recordarse que criterios relacionados con la protección del medio ambiente (ecoetiquetas, productos reciclables, sistemas de depuración de vertidos, etc.) son admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión de 28 de noviembre de 2001. Y ello porque guardan relación con la política ambiental

prevista en el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 45 de nuestra Constitución. Muy especialmente —dentro del marco que posibilitan los Acuerdos GATT— debe regularse un sistema que evite deslocalización empresarial y que no penalice a las empresas europeas ni a las PYMEs. Otro tanto sucede con los criterios que integren aspectos sociales, admitidos cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato (Comunicación interpretativa de la Comisión de 10 de noviembre de 2001)<sup>14</sup>, lo que refleja la idea de que la contratación pública es una herramienta para la efectividad de políticas públicas<sup>15</sup>.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública. Por ello, la normativa de los contratos debe tener una “visión completa” de todas las fases del contrato (y las nuevas Directivas fijan ahora su atención en esta cuestión, regulando la modificación del contrato, la subcontratación o la resolución).

Lo anteriormente expuesto explica porque la reforma de la legislación sobre contratación pública constituye una de las doce acciones prioritarias inscritas en el Acta del Mercado Único, adoptada en abril de 2011 (IP/11/469)<sup>16</sup>. En efecto, para todos los Estados miembros, la eficacia del sistema público de pedidos ha pasado a ser una prioridad, habida cuenta de las limitaciones presupuestarias actuales. Así pues, es necesario disponer de instrumentos flexibles y de uso sencillo que permitan a los poderes públicos y a sus proveedores adjudicar contratos transparentes y competitivos lo más fácilmente posible, para poder comprar con la mejor relación calidad/precio («value for money»)<sup>17</sup>.

Para iniciar el trámite de la reforma la Comisión publicó en enero de 2011 un *Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE*, con el que puso en marcha una amplia consulta pública sobre los cambios legislativos que podrían introducirse para facilitar y flexibilizar la adjudicación de los contratos. La consulta pública finalizó en abril de 2011, recibiendo en total 623 respuestas, procedentes de una gran variedad de grupos de partes interesadas, como Gobiernos, empresas, asociaciones industriales, personalidades del mundo académico, organizaciones de la sociedad civil (incluidos los sindicatos) y ciudadanos particulares<sup>18</sup>.

Posteriormente, el Parlamento Europeo dicta la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), mediante la que solicita a la Comisión que:

a) aclare el marco reglamentario relativo a la contratación pública, en particular con respecto a la fase de ejecución de los contratos (por ejemplo, en relación con las «modificaciones sustanciales» de un contrato durante su periodo de vigencia, los cambios relacionados con el contratista y la terminación de los contratos);

b) Lamenta que los licitadores cuenten únicamente con posibilidades limitadas de rectificar omisiones en sus ofertas; pide por ello a la Comisión que dé detalles sobre qué omisiones podrían rectificar los licitadores, qué ajustes adicionales están permitidos y cómo garantizar la transparencia y la igualdad de trato;

c) Pide a la Comisión que aumente la sensibilización sobre la importancia de dividir los contratos en lotes, y que considere la aplicación del principio «cumplir o explicar», que implica que las normas relativas a cuestiones como la división en lotes deben respetarse o, en caso de que no se respeten, explicarse;

d) Señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes.

Tras los trabajos previos de consultas y redacción del articulado, el DOUE de 5 de abril de 2012 publicaba los proyectos de nuevas Directivas e iniciaba su tramitación<sup>19</sup>:

— Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales COM (2011) 895 final.

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la contratación pública [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 896 final 2011/0438 (COD)].

— Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión [Bruselas, 20.12.2011, COM (2011) 897 final. 2011/0437 (COD)].

Tras el debate parlamentario se han adoptado unos nuevos textos con importantes novedades, estableciendo un plazo de trasposición de dos años. Son las Directivas, 23; 24 e 25 de 2014, de 26 de febrero, respectivamente. Son las Directivas “de cuarta generación”, que vienen a superar la lógica “armonizadora” de sus predecesoras y optan, como señala G.A. BENACCHIO por prescindir del establecimiento de reglas excesivamente rígidas e invasivas en favor de la promoción de los objetivos de simplificación y eficiencia<sup>20</sup>.

Detallaremos brevemente los aspectos más destacados de la nueva regulación, que obligará a reformar nuestra legislación contractual en ese plazo (abril 2016)<sup>21</sup>.

## II. CONTENIDO DE LA NUEVA DIRECTIVA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

La nueva Directiva 2014/23, relativa a la contratación pública, contiene 94 artículos y, por primera vez, se ocupa de aspectos de la ejecución del contrato relacionados con la adjudicación como son las cuestiones relativas a la modificación y a la resolución<sup>22</sup>.

Aparecen artículos totalmente novedosos y otros se adaptan o modifican. Son varias las novedades; cabe destacar el artículo 12 (encargos y convenios), el 24 (conflictos de intereses), el 29 (procedimiento de licitación con negociación, generalizando esta forma de contratación), el 31 (asociaciones para la innovación, otra nueva fórmula para contratar), el 34 (los catálogos electrónicos como una forma para presentar ofertas), el 46 (división del objeto en lotes), el 57 (declaraciones responsables para acreditar la solvencia) el 59 (documento europeo de contratación para acreditar las condiciones de capacidad y solvencia), el 68 (el criterio de adjudicación de coste del ciclo de vida), el 72 (modificación de los contratos), el 73 (resolución de los contratos), los artículos 74, 75 y 76 (régimen de contratación particular para los servicios sociales que permite que los estados miembros puedan tener en cuenta la necesidad de garantizar la calidad, la continuidad del servicio), los artículos 83, 84 y 85 (sobre gobernanza y supervisión).

Los principales cambios que parecen derivar de esta nueva normativa se pueden sintetizar en los siguientes aspectos, siguiendo el diseño explicativo del propio texto de la propuesta normativa:

## 1) Depuración conceptual, simplificación y flexibilización de los procedimientos de contratación.

La Directiva de contratos públicos pretende clarificar ciertos conceptos que han planteado dudas interpretativas. En concreto pueden destacarse las siguientes cuestiones

a) Se **precisa el concepto de organismo de derecho público**, al incorporar la doctrina del TJUE<sup>23</sup>. Así, los requisitos que se contienen ahora y que permiten una más fácil constatación son:

1. que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; a tal efecto, un organismo que opera en condiciones comerciales normales, tiene por objeto obtener un beneficio y soporta las pérdidas asociadas al ejercicio de su actividad, no tiene la finalidad de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Es decir, que sin riesgo empresarial en la gestión se cumplirá siempre este requisito (interpretación fijada por la STJUE de 16 de octubre de 2003, en relación a la empresa pública española SIEPSA);

2. que esté dotado de personalidad jurídica propia. Resultando, indiferente, el que sea pública o privada, como ha determinado el TJUE (Así se expresa de forma clara en la STJUE de 15 de mayo de 2003, en la que se condena al Reino de España).

3. que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público; o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichos organismos; o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público<sup>24</sup>.

Esta nueva definición ha de permitir corregir ciertos problemas interpretativos, aclarando quienes se encuentran sometidos a estas prescripciones. Especial interés tiene, como ha puesto de relieve M.A. BERNAL BLAY, que en el art. 10, precepto dedicado a las “exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”, se contempla un apartado (j) en el antecitado precepto según el cual quedarían expresamente excluidos del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva:

“los contratos de servicios para campañas electorales identificados en el Reglamento CPV con los códigos 79341400-0, 92111230-3 y 92111240-6, cuando fueran adjudicados por un partido político en el marco de una campaña electoral” (Traducción propia del original: *Contracts for political campaign services, falling within CPV 79341400-0, 92111230-3 and 92111240-6, when awarded by a political party in the context of an election campaign*).

Y es que, como bien argumenta, “unicamente partiendo de la consideración de los partidos políticos como “poderes adjudicadores” tiene sentido plantearse con posterioridad otras cuestiones que evoca la excepción a la aplicación de la Directiva que se contempla en el apartado j) de su artículo 10, y que guardan relación con el alcance de la misma. A este respecto debe indicarse que la exclusión se refiere a “contratos celebrados en el marco de una campaña electoral”, de lo cual cabe inferir que, fuera de ese contexto, la celebración de los contratos de servicios relacionados en dicho precepto (servicios de campañas de publicidad, así como la producción de películas de propaganda y la producción de videocintas de propaganda,) no quedaría excluida de la aplicación de la Directiva. La excepción puede tener sentido debido a que el tiempo que duran esas campañas electorales viene legalmente determinado, resultando incompatibles los plazos de campaña con los plazos mínimos que para la presentación de ofertas o solicitudes de participación se contemplan, en función de cada procedimiento”<sup>25</sup>. Sin duda un cambio de indudable interés, máxime en el actual

contexto de falta de transparencia de la gestión política que cuestiona la propia legitimidad de las instituciones administrativas.

b) Se insiste en la **técnica de la compra conjunta** bien mediante centrales de compras o mediante la posibilidad de que varios entes contratantes sumen sus necesidades y tramiten un único procedimiento de licitación, lo que a comportar evidentes economías de escala (artículos 37 a 39)<sup>26</sup>. En este último caso, la cooperación no exige una estructura estable ni esfuerzo económico. Esta solución plantea como ventaja la innecesidad de crear una nueva estructura profesional, utilizando los servicios existentes de cada corporación local. Además, no obliga a su utilización de forma ordinaria sino solo para los contratos que así se convenga por los Ayuntamientos interesados. Como inconveniente es que no puede figurar como poder adjudicador la entidad mancomunada<sup>27</sup>.

c) Especial interés tiene la **supresión de la distinción tradicional entre los servicios denominados prioritarios y no prioritarios (servicios «A» y «B»)** que se contemplan en el Anexo II de la Directiva 2004/18. A juicio de la Comisión ya no está justificado restringir la aplicación plena de la legislación sobre contratación a un grupo limitado de servicios<sup>28</sup>. La evaluación del impacto y la eficacia de la legislación sobre contratación pública de la UE ha puesto de manifiesto que los servicios sociales, de salud y de educación tienen características específicas que hacen que la aplicación de los procedimientos habituales para la adjudicación de contratos públicos de servicios resulte inadecuada en esos casos. Estos servicios se prestan normalmente en un contexto específico que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a la existencia de distintas circunstancias administrativas, organizativas y culturales. Los servicios tienen, por naturaleza, una dimensión transfronteriza muy limitada. Por lo tanto, los Estados miembros deben disponer de amplias facultades discrecionales para organizar la elección de los proveedores de servicios. La nueva Directiva lo tiene en cuenta y establece un régimen específico para los contratos públicos destinados a adquirir estos servicios, con un umbral más elevado, de 1 00000 euros, imponiendo únicamente el respeto de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato<sup>29</sup>. Además, en estos contratos los pliegos de condiciones de las licitaciones podrán contener reglas dirigidas a garantizar la calidad, la continuidad, la accesibilidad, la asequibilidad, la disponibilidad y la exhaustividad de los servicios, las necesidades específicas de las distintas categorías de usuarios, incluidos los grupos desfavorecidos y vulnerables, la implicación y la “responsabilización” de los usuarios y la innovación<sup>30</sup>. En todo caso, la elección del proveedor de servicios deberá tener en cuenta la base de la oferta que presente la mejor relación calidad-precio, ponderando criterios de calidad y de sostenibilidad en el caso de los servicios sociales.

d) Por otra parte, y con el fin de permitir la mayor concurrencia de licitadores, la nueva regulación propone una revisión y clarificación de los **motivos para la exclusión de candidatos y licitadores** (artículo 57). Los poderes adjudicadores estarán facultados para excluir a los operadores económicos que hayan mostrado deficiencias significativas o persistentes en la ejecución de contratos anteriores. La nueva directiva prevé asimismo la posibilidad de «autocorrección»: los poderes adjudicadores podrán aceptar candidatos o licitadores aunque exista un motivo de exclusión, si estos han tomado las medidas apropiadas para corregir las consecuencias de un comportamiento ilícito e impedir de manera efectiva que se repita la mala conducta. Prima ahora el carácter funcional y no formalista en aras a permitir una mayor concurrencia entre operadores económicos que justifican su solvencia y capacidad.

Asimismo, con arreglo a la Directiva, un poder adjudicador podrá excluir del procedimiento a operadores económicos si detecta infracciones de las obligaciones establecidas por la

legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o de las disposiciones internacionales de Derecho laboral. Además, cuando los poderes adjudicadores constaten que una oferta es anormalmente baja debido a infracciones de la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental, estarán obligados a rechazarla.

e) En la línea de la simplificación **procedimental**—denominada “**caja de herramientas**”—, se habilitan dos tipos básicos de procedimientos ya conocidos: abierto y restringido pero se han acortado los plazos para la participación y la presentación de ofertas, lo que permite una contratación más rápida y más racional.

Además, podrán prever, sujetos a determinadas condiciones, el procedimiento de licitación con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación, un nuevo tipo de procedimiento para la contratación innovadora (artículo 26). El procedimiento de licitación con negociación, regulado en el artículo 29, está contemplado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (ACP), siempre que se contemple en el anuncio de licitación<sup>31</sup>. Pero esta opción, como bien advierte J.A. MORENO MOLINA, debe estar supeditada a la condición de que se cumplan los principios de no discriminación y procedimiento justo<sup>32</sup>. Las posibles ventajas de una mayor flexibilidad y una posible simplificación deben contraponerse con el aumento de los riesgos de favoritismo y, más en general, de que la mayor discrecionalidad de que disfrutarán los poderes adjudicadores en el procedimiento negociado dé lugar a decisiones demasiado subjetivas. Por ello, sería recomendable residenciar la negociación en un órgano técnico de asistencia, no en un órgano político y dejar constancia del proceso de negociación, para lo cual puede ser útil articular métodos de negociación utilizando medios electrónicos que registren los términos en que se desarrolla la negociación. Los elementos que en ningún caso se podrán modificar en el transcurso de la negociación son la descripción de la contratación, la parte de las especificaciones técnicas que defina los requisitos mínimos y los criterios de adjudicación. Por supuesto, durante la negociación, los poderes adjudicadores velarán por que todos los licitadores reciban igual trato, por lo que no podrán no facilitar, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto a otros. Y tampoco revelarán a los demás participantes en la negociación las soluciones propuestas por uno de los participantes, u otros datos confidenciales que este les comunique, sin el acuerdo previo de este<sup>33</sup>.

Como bien ha advertido la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, establece que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]»<sup>34</sup>. Es este, por tanto, un procedimiento complejo que obliga a negociar efectivamente<sup>35</sup>. La negociación debe respetar la igualdad de trato y por ello las condiciones de la negociación y del contrato deben ser conocidas y no susceptibles de modificación. En consecuencia, en las negociaciones de un procedimiento negociado no se pueden variar las prescripciones técnicas obligatorias, tal y como acaba de afirmar el TJUE en su sentencia de fecha 5 de diciembre de 2013. Se plantea el caso una licitación pública de un contrato con objeto de «Concepción y construcción del tramo de carretera Aruvalla-Kose de la E263» que licitaba un Organismo público del Estado de Estonia mediante procedimiento negociado con publicidad. Una prescripción técnica obligatoria era que el ancho de la carretera a construir fuera de seis metros y medio pero durante la fase de negociación atendiendo que una de las empresas realiza su oferta ofreciendo que el ancho sea de seis metros el órgano de contratación invita a todos los

candidatos a que realicen nueva oferta variando la prescripción técnica inicial. El TJUE declara en los considerandos 37 y 38 que:

*“37. Así pues, si bien la entidad adjudicadora dispone de una capacidad de negociación en el marco de un procedimiento negociado, tiene en todo caso la obligación de garantizar que se cumplen las exigencias del contrato que el mismo ha calificado de imperativas. De no ser así, se incumpliría el principio según el cual las entidades adjudicadoras obran con transparencia y no se cumpliría el objetivo que se recuerda en el anterior apartado de la presente sentencia.*

*38 Asimismo, admitir en las negociaciones una oferta no conforme a los requisitos imperativos privaría de utilidad a la fijación de requisitos imperativos en el anuncio de licitación y no permitiría a la entidad adjudicadora negociar con los licitadores sobre una base común a todos ellos formada por dichos requisitos, ni, en consecuencia, darles un trato igualitario.”*

f) Interesa destacar el importante cambio normativo en lo relativo a la **anormalidad o desproporción de las ofertas**<sup>36</sup>. Pues bien la nueva regulación que contiene la Directiva viene a alterar la práctica habitual de esta técnica con una regulación que va a limitar su ejercicio<sup>37</sup>. Su regulación se encuentra en el artículo 69. Con la nueva regulación (que elimina la previsión que se contenía en el proyecto de limitar esta técnica, al menos a cinco ofertas admitidas y que las diferencias sean de un veinte por ciento con la segunda o de un cincuenta global), se podrá excluir, desde la lógica de la proporcionalidad, a las ofertas que resulten anormalmente bajas. Y para constatar la adecuación se determinan en el artículo 69.3 los siguientes criterios:

a) el ahorro que permite el método de construcción, el procedimiento de fabricación de los productos o la prestación de servicios;

b) las soluciones técnicas adoptadas o las condiciones excepcionalmente favorables de que dispone el licitador para ejecutar las obras, suministrar los productos o prestar los servicios;

c) la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el licitador;

d) el cumplimiento, al menos de forma equivalente, de las obligaciones establecidas en el artículo 18.2 (principios) y 71 (subcontratación) de la Directiva;

e) la posible obtención de una ayuda estatal por parte del licitador.

Nótese la importancia de los fines sociales, que trata de evitar ofertas muy económicas a costa del deterioro de derechos sociales. El poder adjudicador deberá verificar la información proporcionada consultando justifiquen el bajo nivel de los precios o costes, teniendo en cuenta los elementos ya citados<sup>38</sup>. En consecuencia, los poderes adjudicadores rechazarán la oferta cuando hayan comprobado que es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones establecidas por la legislación de la Unión en materia social, laboral o medioambiental o por las disposiciones internacionales de Derecho social y medioambiental enumeradas en el anexo XI.

Esto no significa libertad del órgano de contratación para admitir sin más una oferta incurso en anormalidad, exigiéndose un informe técnico detallado que, sobre lo alegado por el licitador, ponga de relieve que esta anormalidad de la oferta no afectará a la ejecución del contrato y que, en ella, tampoco hay prácticas restrictivas de la competencia, prohibidas de forma expresa —lógicamente— por la normativa. En consecuencia, la decisión de aceptación no debe reproducir sin más el informe del licitador interesado, y debe responder a parámetros de razonabilidad y racionalidad.

Mediante el procedimiento de verificación contradictoria, se tratará de comprobar, por el órgano de contratación, la viabilidad y acierto de la proposición en los términos en que fue

presentada al procedimiento licitatorio. Consiste pues, en la aclaración de los elementos en que el licitador fundamentó su oferta y en la verificación de que, conforme a dicha aclaración, la misma es viable, de forma que la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato queda garantizada, en el modo y manera establecidos en los pliegos de condiciones<sup>39</sup>.

Además, los poderes adjudicadores tendrán a su disposición un conjunto de seis técnicas y herramientas de contratación específicas concebidas para la contratación agregada y electrónica: acuerdos marco, sistemas dinámicos de adquisición, subastas electrónicas, catálogos electrónicos, centrales de compras y contratación conjunta. En comparación con la Directiva existente, estas herramientas se han mejorado y aclarado con el fin de facilitar la contratación electrónica, en tanto la misma permite el ahorro, y consecuentemente el beneficio, tanto para las Administraciones como para las empresas. La contratación pública a través de Internet ofrece, además de los beneficios financieros, un acceso más sencillo a los mercados mundiales al proporcionar más visibilidad y unos procesos administrativos más simples. Estos nuevos horizontes pueden ser particularmente beneficiosos para las PYME, al permitirles buscar oportunidades fuera de su entorno más inmediato. En el caso de las administraciones públicas, la licitación electrónica puede posibilitar un proceso integrado, desde la preparación y notificación electrónica y publicación de la licitación, al pago final y cierre del contrato<sup>40</sup>.

Una importante novedad, junto a los procedimientos ya conocidos la nueva Directiva ofrece un régimen de contratación simplificado que se aplica a todos los poderes adjudicadores cuyo ámbito está situado por debajo del nivel de la Administración central<sup>41</sup>. Así, las autoridades locales y regionales podrán utilizar un anuncio de información previa como convocatoria de licitación. Si utilizan esta posibilidad, no tienen que publicar un anuncio de licitación aparte antes de poner en marcha el procedimiento de contratación. Asimismo, pueden fijar algunos límites temporales con mayor flexibilidad previo acuerdo con los participantes. Esta simplificación, en el contexto de una política de “better regulation”, debe favorecer la aplicación de las reglas de la contratación pública, evitando trámites burocráticos innecesarios.

La Directiva, en su artículo 59, prevé la obligación de aceptar las declaraciones responsables de los licitadores como prueba suficiente a efectos de selección (opción ya contemplada en el artículo 6 de la ley de Aragón 3/2011 de medidas de Contratos del Sector Público)<sup>42</sup>. Se confirma así la tesis de que son aplicables los principios de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, porque la aparente exclusión no lo es para las otras previsiones del artículo 5 (simplificación administrativa)<sup>43</sup>. En nada se cuestiona las reglas de capacidad del contratista con este modelo, pues los criterios de solvencia lo son para poder contratar y no para poder licitar. Esto justifica que exista ahora un primer trámite de declaración responsable para posterior comprobación antes de la adjudicación al licitador seleccionado. En pleno siglo XXI y en un contexto de simplificación parece lógico posponer a un trámite posterior más sencillo la comprobación documental, lo que se traduce en un ahorro de costes no solo para la administración sino para los potenciales licitadores, facilitando el que puedan presentar ofertas y funciones adecuadamente el principio de economías de escalas (adviértase que las PYMEs no suelen disponer de gran capacidad administrativa especializada, por lo que resulta imprescindible reducir al mínimo los requisitos administrativos). Por otra parte, los requisitos relativos al volumen de negocios, que con frecuencia son un enorme obstáculo para el acceso

de las PYME, se limitan explícitamente al triple del valor estimado del contrato, excepto en casos debidamente justificados.

Lógicamente la Comisión mantiene el objetivo de la implantación de los medios y procedimientos electrónicos como herramienta de simplificación y transparencia. Así, la nueva normativa comunitaria pretende un sistema completamente electrónico, al menos en lo referente a la presentación telemática de ofertas o solicitudes en todos los procedimientos de contratación en un plazo de transición de dos años. La Directiva 2014/23 establece la obligación de transmitir los anuncios en formato electrónico, poner la documentación de la contratación a disposición del público por medios electrónicos y adoptar una comunicación totalmente electrónica, en particular por lo que respecta a la presentación electrónica de ofertas o solicitudes, en todos los procedimientos de contratación. Asimismo, racionaliza y mejora los sistemas dinámicos de adquisición y los catálogos electrónicos, herramientas de contratación completamente electrónicas que se adaptan especialmente a la contratación muy agregada que llevan a cabo las centrales de compras.

## 2) Utilización estratégica de la contratación pública en respuesta a nuevos desafíos.

El nuevo paquete legislativo comunitario, como se ha explicado al comienzo de este trabajo, se basa en un planteamiento de capacitación consistente en proporcionar a los poderes adjudicadores los instrumentos necesarios para contribuir a la realización de los objetivos estratégicos de Europa 2020 —lo que acredita la vinculación de contratación pública a otras políticas sectoriales-, utilizando su capacidad de compra para adquirir bienes y servicios que promuevan la innovación, el respeto del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático mejorando al mismo tiempo el empleo, la salud pública y las condiciones sociales<sup>44</sup>.

a) En relación a **los criterios de adjudicación**, el artículo 67 de la Directiva establece que los criterios de adjudicación de los contratos públicos se adjudicarán a ofertas económicamente más ventajosas. La oferta económicamente más ventajosa se determinará sobre la base del *precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales* vinculados al objeto del contrato público de que se trate. *Dichos criterios podrán incluir, por ejemplo:*

a) la calidad, incluido el valor técnico, las características estéticas y funcionales, la accesibilidad, el diseño para todos los usuarios, *las características sociales, medioambientales e innovadoras, y la comercialización y sus condiciones;*

b) la organización, la cualificación y la experiencia del personal encargado de ejecutar el contrato, *en caso de que la calidad del personal empleado pueda afectar de manera significativa a la ejecución del contrato;*

c) el servicio posventa y la asistencia técnica y *condiciones de entrega tales como la fecha de entrega, el proceso de entrega y el plazo de entrega o el plazo de ejecución;*

El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad.

En definitiva, se busca un elemento de comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala a fin de conseguir una óptima eficiencia de fondos públicos que ponga en valor la relación calidad/precio. El elemento común a todos los criterios de evaluación de las ofertas es que han de referirse, tal como los que se citan expresamente, a la naturaleza de

los trabajos que se van a realizar o la forma en que se harán<sup>45</sup>. Debe, además, exigirse que la elección de los criterios esté presidida por la satisfacción del interés público que persigue todo contrato, de manera que los mismos han de ser coherentes con el objeto, las características y la propia naturaleza del contrato. La previa concreción de los distintos criterios de adjudicación que serán objeto de valoración es un requisito esencial pues como ha recordado STJUE de 24 de noviembre de 2008, *Alexandroupulis*, una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores<sup>46</sup>. Conviene insistir en la necesidad de que los criterios que se fijen deben ser concordantes con la finalidad que se persigue con el contrato sin que puedan incurrir en discriminación, respetando claro, los principios comunitarios. Y deberán, además, ser adecuados a las capacidades técnicas del poder adjudicador pues la ausencia de ésta convierte al criterio en ilegal, como advierte la STJUE de 4 de diciembre de 2003 (*EVN y Wienstrom*), lo que se justifica en el efectivo respeto al principio básico de igualdad de trato de todos los licitadores.

En todo caso, como bien recuerda la STJUE de 24 de enero de 2008 (*Lianakis*) cuya doctrina confirma la STJUE de 12 de noviembre de 2009, Comisión República Helénica, no pueden confundirse los criterios de aptitud con los de oferta económicamente más ventajosa:

*“26 Se desprende de la jurisprudencia que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 no excluye, en teoría, que la verificación de la aptitud de los licitadores y la adjudicación del contrato puedan tener lugar simultáneamente, no lo es menos que ambas operaciones son operaciones distintas y que se rigen por normas diferentes (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia de 20 de septiembre de 1988, Beentjes, 31/87, Rec. p. 4635, apartados 15 y 16).*

*27 En efecto, la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica (denominados «criterios de selección cualitativa») especificados en los artículos 31 y 32 de dicha Directiva (véase, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 17).*

*28 Por el contrario, la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el artículo 36, apartado 1, de dicha Directiva, a saber, o bien el precio más bajo o bien la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 18).*

*29 Si bien es cierto que, en este último supuesto, los criterios que las entidades adjudicadoras pueden utilizar no se enumeran con carácter exhaustivo en el artículo 36, apartado 1, de la Directiva 92/50 y que, por tanto, dicha disposición deja a las entidades adjudicadoras la elección de los criterios de adjudicación del contrato que vayan a utilizar, no lo es menos que tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa (véanse, en este sentido, respecto de los contratos públicos de obras, la sentencia Beentjes, antes citada, apartado 19; de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, C-19/00, Rec. p. I-7725, apartados 35 y 36, así como, respecto de los contratos públicos de servicios, las sentencias de 17 de septiembre de 2002, Concordia Bus Finland, C-513/99, Rec. p. I-7213, apartados 54 y 59, y de 19 de junio de 2003, GAT, C-315/01, Rec. p. I-6351, apartados 63 y 64).*

30 Por consiguiente, se excluyen como «criterios de adjudicación» aquellos criterios que no van dirigidos a identificar la oferta económicamente más ventajosa, sino que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión”.

Esto significa que lo que no puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa es la experiencia del contratista pues ese aspecto, al ser de aptitud no puede ser de adjudicación, tal y como ha venido a recordar la STJCE de 4 de junio de 2003 (GAT). Así debe interpretarse la mención del apartado b) citada, que lo que intenta es valorar la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido “intelectual”, y que, por tanto, no permite como tal la valoración de la experiencia, que continúa siendo un criterio de solvencia.

Por otra parte, debe recordarse que estos criterios deben ser conocidos con carácter previo y ser claros a fin de garantizar el principio de igualdad de trato. La Sentencia del Tribunal General de 16 de septiembre de 2013, asunto T-402/06, contra Reino de España, ha declarado que:

*“66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).*

67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada).

*Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)."*

Además, la nueva Directiva, como principal novedad, ofrece a los poderes públicos la posibilidad de **justificar sus decisiones de adjudicación, en tanto oferta económicamente más ventajosa, en el coste del ciclo de vida** de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar (artículo 68). El ciclo de vida abarca todas las etapas de la existencia de un producto, una obra o la prestación de un servicio, desde la adquisición de materias primas o la generación de recursos hasta la eliminación, el desmantelamiento o la finalización. Los costes que deben tenerse en cuenta no incluyen solo los gastos monetarios directos, sino también los costes medioambientales externos, si pueden cuantificarse en términos monetarios y verificarse. En los casos en que se haya elaborado un método común de la Unión Europea para el cálculo de los costes del ciclo de vida, los poderes adjudicadores deben estar obligados a utilizarlo.

En consecuencia, los poderes adjudicadores podrán hacer referencia a todos los factores directamente vinculados al proceso de producción en las especificaciones técnicas y en los criterios de adjudicación, siempre que se refieran a aspectos del proceso de producción que estén estrechamente relacionados con la producción de bienes o la prestación de servicios en cuestión. Esto excluye los requisitos no relacionados con el proceso de producción de los productos, las obras o los servicios a los que se refiera la contratación, como los requisitos generales de responsabilidad social corporativa que afectan a toda la actividad del contratista (en tanto son criterios de solvencia).

b) Igualmente, los poderes adjudicadores podrán exigir que las obras, los suministros o los servicios **lleven etiquetas específicas que certifiquen** determinadas características medioambientales, sociales o de otro tipo, siempre que acepten también etiquetas equivalentes (artículo 43). Esto se aplica, por ejemplo, a las etiquetas ecológicas europeas o plurinacionales o a las etiquetas que certifican que un producto se ha fabricado sin trabajo infantil. Estos regímenes de certificación deben referirse a características vinculadas al objeto del contrato y estar basados en información científica, establecida en un procedimiento abierto y transparente y accesible para todas las partes interesadas<sup>47</sup>. Con este sistema se pretende introducir un modelo de certificación sobre criterios de capacidad y conocimientos técnicos para demostrar la solvencia de los candidatos (ya admitido y fomentado por la Comunicación de la Comisión sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos de 15 de octubre de 2001 — COM(2001) 566 final-)<sup>48</sup>, protección del medio ambiente (admitidos como válidos por la Comunicación de la Comisión sobre contratación pública y cuestiones medioambientales de 28 de noviembre de 2001 — COM (2001) 274 final-)<sup>49</sup>.

c) La **investigación y la innovación desempeñan un papel central** en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador<sup>50</sup>. Los compradores públicos deben poder adquirir productos y servicios innovadores que promuevan el crecimiento futuro y mejoren la eficiencia y la calidad de los servicios públicos. Con este fin, la Directiva establece la asociación para la innovación, un nuevo procedimiento especial para el desarrollo y la ulterior adquisición de productos, obras y servicios nuevos e innovadores, que, no obstante, deben suministrarse dentro de los niveles de prestaciones y de costes acordados<sup>51</sup>. Además, la nueva regulación mejora y simplifica el procedimiento de diálogo competitivo y facilita la contratación conjunta transfronteriza, un instrumento importante para realizar adquisiciones innovadoras.

Esta estrategia de compra pública e innovación se articula a través de dos tipos de medidas: mediante un incremento en la demanda de productos y servicios innovadores, y a través de la llamada «contratación precomercial», entendida ésta como perteneciente a la fase de investigación y desarrollo (I+D) previa a la comercialización y que cubre actividades como la exploración de soluciones que son propias de las fases de diseño, creación de prototipo, productos de prueba y preproducción, deteniéndose antes de la producción comercial y venta<sup>52</sup>.

Una característica propia de la contratación precomercial es el reparto de riesgos y beneficios según las condiciones de mercado, ya que el comprador público no se reserva los resultados de la I+D para su uso en exclusiva, sino que comparte con las empresas los riesgos y los beneficios de la I+D necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las que hay disponibles en el mercado. En este caso, es decir, cuando la entidad del sector público efectúa el reparto de riesgos y beneficios a precios de mercado, los servicios de I+D pueden prestarse sin someterse a la normativa contractual en virtud de una de las exclusiones recogidas en las Directivas de la UE sobre contratación pública. Concretamente se trata del artículo 16.f) de la Directiva 2004/18/CE por el cual “La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios: (...) f) relativos a servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que el poder adjudicador remunere totalmente la prestación del servicio” y del artículo 24.e) de la Directiva 2004/17/CE que señala que “La presente Directiva no se aplicará a los contratos de servicios: [...] e) referentes a los servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio”<sup>53</sup>.

Este procedimiento específico y novedoso debe permitir a los poderes adjudicadores establecer una asociación para la innovación a largo plazo con vistas al desarrollo y la ulterior adquisición de nuevos productos, servicios u obras innovadores (...) sin necesidad de recurrir a un procedimiento de contratación independiente para la adquisición<sup>54</sup>. Aunque tiene ciertas semejanzas con el procedimiento negociado, su función permite afirmar que tiene autonomía y significado propio. Y de ahí su distinción (lo que exige conocer bien como aplicar el procedimiento negociado).

En la asociación para la innovación, al ser único el procedimiento, el socio que presente la mejor oferta tecnológica será el adjudicatario de la obra, suministro o servicio. En su primera fase (pre-comercial), la asociación se equipara a una contratación pre-comercial de grado mínimo, puesto que la tecnología buscada o ya existe —y pretende mejorarse— o es factible desarrollarla con éxito en breve plazo. Pero en su segunda etapa (comercial o contractual)

la naturaleza del contrato vendrá determinada por el tipo de producto final requerido por el órgano de contratación («*suministros, servicios u obras resultantes*»; artículo 31.2).

En cuanto al procedimiento, el órgano de contratación iniciará el procedimiento mediante la publicación de la convocatoria de licitación. Es conveniente la consulta del mercado para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia<sup>55</sup>.

La Directiva enfatiza el deber de motivación que incumbe a la autoridad contratante, y que afecta a tres elementos: la necesidad de los productos innovadores; la elección del procedimiento y la participación en el mismo. Motivación que no puede ser sucinta y que debe acomodarse a los parámetros de razonabilidad y racionalidad (en el fondo, la elección del procedimiento se justifica, cuando de la asociación para la innovación se trata, en la necesidad de la tecnología y de los productos innovadores).

En la documentación de la contratación el poder adjudicador precisará, en primer lugar, «*la necesidad de productos, servicios y obra innovadores que no pueda ser satisfecha mediante la adquisición de productos, servicios y obras ya disponibles en el mercado*». Es decir, frente a la compra ordinaria, donde se determina un concreto objeto, en este procedimiento se prevé una necesidad. Motivo por el que no existe un PTT clásico, sino un pliego de prescripciones funcionales<sup>56</sup>.

Los operadores económicos dispondrán de un plazo no inferior a treinta días para presentar sus solicitudes de participación, a contar desde la fecha de envío del anuncio de licitación.

Los criterios de selección son, al igual que en la Directiva 2004/18/ CE, la habilitación para ejercer la actividad profesional, la solvencia económica y financiera y la capacidad técnica y profesional aunque con la especialidad de que debe valorarse en la admisión de la experiencia de la empresa y de sus recursos humanos como criterio de solvencia técnica y profesional. Se impone al órgano de contratación que priorice los criterios de selección relativos a la capacidad de los candidatos en el ámbito de la investigación y el desarrollo, así como en lo que se refiere al desarrollo y la aplicación de soluciones innovadoras. Y se prevé la posibilidad de reserva a favor de PYMES innovadoras, lo que nos ofrece la visión estratégica que debe tener este procedimiento.

Tras la selección se invita a presentar oferta (solo los seleccionados) y es posible determinar un número máximo de licitadores a invitar (mínimo de 3). A la hora de sustanciar la adjudicación del contrato, la Directiva se remite a las normas del procedimiento negociado. Y deben ser decisivos los aspectos técnicos, lo que exige formular las especificaciones técnicas de manera funcional para no limitar indebidamente las soluciones de innovación.

Por supuesto, la confidencialidad, principio inherente a toda contratación pública, debe ser especialmente vigilada por cuanto hay que evitar políticas de competencia desleal o uso indebido de la información obtenida en el procedimiento<sup>57</sup>.

La adjudicación debe realizar a favor de la oferta económicamente más ventajosa: rentabilidad y ciclo de vida aunque una característica muy especial —y quizá difícil de asumir por los gestores poco iniciados— es que puede haber varios adjudicatarios del contrato, y estos podrán estar ocupados, en paralelo y de manera competitiva, en el desarrollo de las soluciones innovadoras. Es por ello que, al finalizar cada una de las fases de investigación, y tras evaluar los resultados alcanzados por cada uno de los adjudicatarios, la entidad contratante podrá reducir el número de contratistas procediendo a la extinción de los contratos

individuales. Obviamente, el uso de tal potestad deberá haberse contemplado previamente en la documentación del contrato, definiendo además el procedimiento para hacerla efectiva.

El valor y la duración de un contrato para la adquisición de los suministros, servicios u obras resultantes deberán mantenerse dentro de los límites apropiados (sin las rigideces de la compra ordinaria), teniendo en cuenta la necesidad de recuperar los costes contraídos, en concreto los derivados del desarrollo de una solución innovadora, y de conseguirse un beneficio razonable. A su vez, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación comunitaria ha previsto, de forma lógica al fundamento y función de este procedimiento, la necesidad de regular el régimen aplicable a los derechos de propiedad intelectual durante la ejecución y al término de la asociación para la innovación. En aras del principio de igualdad de los licitadores, el órgano de contratación determinará dicho régimen en los documentos preparatorios de licitación, de manera que todos los candidatos tengan conocimiento del mismo en el momento de realizar sus ofertas. Es este un elemento clave pues del mismo depende el éxito de la asociación. Y en un procedimiento con riesgos, como es este, la seguridad del modo de retribución es una exigencia.

d) En esta nueva visión estratégica **es objetivo fundamental la mejora del acceso al mercado para las PYME y las empresas incipientes**. Esta es una de las estrategias en las que viene insistiendo desde hace un tiempo la Comisión y que debe aconsejar redefinir el modelo normativo de la contratación pública<sup>58</sup>. Decisión que no es de proteccionismo, sino que pretende asegurar una efectiva concurrencia entre todos los operadores económicos dentro del marco normativo nacional-comunitario<sup>59</sup>.

Es elocuente el Considerando 78 de la nueva Directiva:

“Debe adaptarse la contratación pública a las necesidades de las pymes. Es preciso alentar a los poderes adjudicadores a utilizar el código de mejores prácticas que se establece en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión titulado «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos», que ofrece orientaciones acerca de cómo aplicar el régimen de contratación pública de forma que se facilite la participación de las pymes. A tal efecto y para aumentar la competencia, se animará a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las pymes, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las pymes o de acuerdo con las diferentes fases posteriores de los proyectos.

.....

Los Estados miembros deben seguir gozando de libertad para prolongar sus esfuerzos tendentes a facilitar la participación de las pymes en el mercado de la contratación pública, ampliando el alcance de la obligación de considerar la conveniencia de dividir los contratos en lotes convirtiéndolos en contratos más pequeños, exigiendo a los poderes adjudicadores que aporten una justificación de la decisión de no dividir los contratos en lotes o haciendo obligatoria la división en lotes bajo ciertas condiciones. A este mismo respecto, los Estados miembros deben gozar también de la libertad de facilitar mecanismos para efectuar pagos directos a los subcontratistas”.

Sin duda, la mayor participación de las PYMEs en las compras públicas generará una competencia más intensa por la obtención de contratos públicos, lo que ofrecerá a las entidades adjudicadoras una mejor relación calidad-precio en sus adquisiciones. Por otra parte, la mayor competitividad y transparencia de las prácticas de contratación pública

permitirá a las PYMEs desarrollar su potencial de crecimiento e innovación, con el consiguiente efecto positivo sobre la economía<sup>60</sup>. Las posibilidades para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos pueden agruparse en torno a dos grandes estrategias. La primera es la reserva de contratos. Y la principal exponente de esta estrategia es Estados Unidos donde su Small Business Act reserva el 25 % de los contratos públicos federales a las PYMEs estadounidenses<sup>61</sup>. No obstante, en el ámbito de la UE no se plantea la cuestión de fijar cuotas a favor de las PYMEs, puesto que, de una parte, se calcula que aproximadamente el 42 % del volumen global de contratos públicos (datos de 2005) se adjudica a empresas consideradas PYMEs, y de otra, se considera que la adopción de medidas proteccionistas similares a las anteriores no contribuiría a alcanzar el objetivo general que debe perseguir la Unión Europea consistente en abrir los mercados<sup>62</sup>.

Conviene recordar que en el ámbito de la UE, la Comisión Europea presentó el 25 de junio de 2008 una Comunicación al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Pensar primero a pequeña escala»: «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas<sup>63</sup>. La «Small Business Act para Europa» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las PYMEs ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo<sup>64</sup>.

Como complemento de lo anterior, los Servicios de la Comisión Europea presentaron también el 25 de junio de 2008 un documento de trabajo (orientativo, que muestra la opinión de los Servicios de la Comisión, pero que no puede considerarse vinculante para la Institución) que podría ser el embrión de un CÓDIGO EUROPEO DE BUENAS PRÁCTICAS para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos<sup>65</sup>. El «Código de buenas prácticas» se presenta con la intención de ayudar a las autoridades públicas a desarrollar «estrategias», «programas» o «planes de acción», con el objetivo específico de facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos<sup>66</sup>. El objetivo general del «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos» es permitir a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores aprovechar plenamente el potencial de las Directivas sobre contratación pública, a fin de garantizar condiciones equitativas para todos los operadores económicos que deseen participar en licitaciones públicas. Concurrencia que debe ser perfilada desde el cumplimiento del marco normativo social, ambiental, etc. exigible a las empresas del contexto comunitario con el objetivo de no fomentar la deslocalización empresarial y poder comparar ofertas económicas desde el requisitos previo de empresas “equivalentes” en lo relativo al cumplimiento de las políticas sectoriales articuladas por lo distintos estados de la Unión, lo que no debe entenderse como un proteccionismo sino como un instrumento de tratamiento de igualdad entre las empresas (amparado, por demás en el vigente Tratado GATT). Y es que en modo alguno puede justificarse que la propia recesión económica, en una aplicación absoluta del principio del valor económico de la oferta como elemento de decisión en la compra pública, se traduzca en un proceso de destrucción del tejido productivo empresarial español y europeo, en tanto con tal opción se incrementarán los efectos de la crisis creando una fractura social de difícil recomposición<sup>67</sup>. Es momento de exigir la “calidad” empresarial como parámetro previo para la participación de un proceso de licitación pública, exigiendo como requisito ciertos estándares sociales y ambientales (lo que se traducirá en un ajuste del mercado público a empresas “responsables” aunque el precio final que se obtenga por la prestación sea mayor).

Los problemas que las PYMEs encuentran para acceder a los contratos públicos se encuentran localizados, principalmente, en el ámbito de la capacidad/solvencia que se exige para concurrir a las licitaciones, el acceso a la información sobre los contratos, las cargas administrativas y burocráticas que deben superarse en la tramitación de los expedientes de contratación y los retrasos en el cumplimiento de sus obligaciones (de pago, fundamentalmente) por parte de las entidades adjudicadoras. Para superar estos problemas, las propias PYMEs han llegado a afirmar que lo más necesario para facilitar el acceso de las mismas a los contratos públicos no es tanto la introducción de modificaciones en la normativa sobre contratación pública, sino más bien un cambio en la mentalidad de los poderes adjudicadores.

Al hilo de cada uno de los problemas que se han identificado como obstáculos para el acceso de las PYMEs a los contratos públicos se presentan a continuación una serie de medidas a incorporar al Código de contratos Públicos que podrían servir para superar dichos problemas. Las medidas que se deberían adoptar, sucintamente, serían las siguientes:

1. Las Directivas sobre contratación pública permiten que los contratos se adjudiquen por lotes separados (artículo 46). **La subdivisión de las compras públicas en lotes** facilita, evidentemente, el acceso de las PYMEs, tanto en términos cuantitativos (el tamaño de los lotes puede corresponderse mejor con la capacidad productiva de las PYMEs) como cualitativos (puede haber una correspondencia más estrecha entre el contenido de los lotes y el sector de especialización de las PYMEs). Una vez delimitados los lotes del contrato (siempre que se trate de prestaciones susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o cuando así lo exija la naturaleza del objeto) procederá determinar, en el Pliego de cláusulas particulares las posibilidades de licitación. En función del tipo de prestaciones, y del mercado de oferentes de las mismas, podrá optarse bien por no limitar las posibilidades de licitación, o bien por repartir la adjudicación de los lotes entre los distintos oferentes, determinando la incompatibilidad para ser adjudicatario de varios de los lotes licitados.

De una parte, conceder la posibilidad de licitar por un número ilimitado de lotes presenta la ventaja de no disuadir a los contratistas generales de participar ni desincentivar el crecimiento de las empresas (es la opción de Austria o Francia, por ejemplo). Esta opción sería adecuada cuando no hay un mercado de oferentes del producto muy extenso. Sin embargo, presenta el inconveniente de que puede darse el caso de que una misma empresa resulte adjudicataria de un número elevado de lotes y que no se encuentre capacitada para ejecutarlos todos de forma simultánea.

De otra parte, en ocasiones (especialmente en los supuestos en los que hay una gran cantidad de oferentes de la misma prestación) los órganos de contratación pueden estar interesados en “orientar” la licitación por lotes para fomentar que accedan al contrato la mayor cantidad posible de ellos. Para ello, el órgano de contratación puede establecer en el Pliego de cláusulas particulares regulador de un contrato cuyo objeto haya sido dividido en lotes, que un licitador pueda licitar a uno o unos lotes determinados, pero no a otros, o que no puede licitar a todos los lotes en que se divide el objeto del contrato<sup>68</sup>. La subdivisión de los contratos en lotes, además de favorecer la participación de PYMEs, intensifica la competencia entre los licitadores, lo que redundaría en beneficio de los poderes adjudicadores, siempre que tal subdivisión sea viable y resulte adecuada a la luz de las obras, suministros y servicios de que se trate.

Una variante de la división en lotes es la licitación por artículos, y proporciona las mismas ventajas que la división en lotes del objeto del contrato. Cuando lo que se pretende es la adquisición de artículos funcionalmente independientes pero cuyas características técnicas determinan una innegable relación los unos con los otros (por ejemplo, suministros de oficina, mobiliario, etc.) puede licitarse cada categoría de artículos de manera individual.

Con ello no se produce un fraccionamiento contractual sino un agrupamiento de artículos en lotes que se tramitan en un único expediente<sup>69</sup>.

2. Otra posibilidad (modelo irlandés) sería, de manera simultánea con la convocatoria, licitación y adjudicación de contratos de obras (especialmente en los casos de obras de nueva planta, pero también en las de primer establecimiento, reforma o gran reparación), publicar, licitar y adjudicar los contratos correspondientes a alguno de los ámbitos especializados (instalaciones eléctricas, mecánicas, fontanería, alicatados, etc.) a distintos operadores por separado. En las condiciones de ejecución (que se harían constar en el Pliego de cláusulas particulares) de cada uno de estos contratos, así como en las del contrato principal, habría de señalarse la obligación del adjudicatario de estos contratos especializados de coordinarse con el adjudicatario del contrato principal de obras, así como con el resto de intervinientes. Para garantizar dicha coordinación, debería recurrirse a la figura del responsable del contrato (más bien del proyecto o Project Manager), licitando el oportuno contrato cuando dicha persona (física o jurídica) no se encuentre integrada en la estructura orgánica del Ente adjudicador. Idéntica solución puede adoptarse para la primera licitación de servicios auxiliares o complementarios de la obra construida (por ejemplo la limpieza, la seguridad o el mantenimiento de las instalaciones construidas).

3. Se debe fomentar la posibilidad de que las PYMEs se agrupen y aprovechen su capacidad económica, financiera y técnica conjunta. Los operadores económicos pueden recurrir a la capacidad económica, financiera y técnica de otras empresas, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, a fin de demostrar que satisfacen el nivel de competencia o capacidad exigido por el poder adjudicador (artículo 63). No obstante, el operador económico debe demostrar que dispondrá de los recursos necesarios para la ejecución del contrato.

Los distintos poderes adjudicadores —al margen de su consideración como Administración Pública— están obligados a aceptar esas formas de cooperación entre PYMEs. A fin de favorecer la mayor competencia posible, conviene que los poderes adjudicadores pongan de manifiesto esa posibilidad en el anuncio de licitación. Admitida de forma genérica en la normativa la posibilidad de acreditar la solvencia propia mediante el recurso a medios ajenos, convendría que los órganos de contratación orientaran al licitador sobre cómo debe materializarse la acreditación ante el mismo la disposición efectiva de esos medios externos. El artículo 63 de la Directiva 2014/23 viene a aclarar la discrepancia sobre qué tipo de solvencia puede acreditarse utilizando recursos ajenos (existen criterios divergentes en cuanto a la posibilidad de acreditar la solvencia económica y financiera entre la JCCA del Estado —Informe 45/02, de 28 de febrero de 2003— y la JCCA de Aragón —Informe 29/2008, de 10 de diciembre—), estableciendo la regla de que se pueden integrar todo tipo de solvencia, incluida la económica, *“un operador económico podrá, cuando proceda y en relación con un contrato determinado, recurrir a las capacidades de otras entidades, con independencia de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar al poder adjudicador que dispondrá de los recursos necesarios, por ejemplo mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto. En cuanto a su solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán exigir que el operador económico y dichas entidades sean responsables solidarios de la ejecución del contrato”*.

Por lo demás, y dado que la implantación de esas formas de cooperación entre PYMEs exige tiempo, los poderes adjudicadores deberían aprovechar la posibilidad de preparar el mercado para futuras contrataciones, publicando anuncios de información previa que den a los operadores

económicos margen de tiempo suficiente para preparar ofertas conjuntas. Es evidente que todas estas disposiciones y prácticas facilitan la constitución de agrupaciones de PYMEs independientes.

4. Una de las herramientas clave para incrementar el acceso de las PYMEs a los contratos públicos es la extensión, en su concreta aplicación, de la figura de los acuerdos marco con varios operadores económicos y no exclusivamente con un único operador. A través de este procedimiento “precontractual” los poderes adjudicadores cuentan con la posibilidad de celebrar un acuerdo marco con varios operadores económicos y de organizar posteriores «mini licitaciones», abiertas a la participación de las partes en el acuerdo marco, a medida que se vayan haciendo patentes las necesidades de suministro del poder adjudicador. Frente a los mecanismos habituales de licitación, en los que el poder adjudicador busca un proveedor que le suministre todos los bienes durante un período determinado —lo que podría favorecer a empresas de mayores dimensiones—, los acuerdos marco pueden brindar a las PYMEs la posibilidad de competir por contratos que se hallen en condiciones de ejecutar. Tal es el caso, en particular, de los acuerdos marco que abarcan a un gran número de operadores económicos y están subdivididos en lotes, o de los contratos basados en tales acuerdos marco que se adjudican por lotes. Estas “mini licitaciones” deberían apoyarse en medios electrónicos con plazos cortos y criterios muy reglados.

5. Hay que **mejorar el acceso a la información por parte de las PYMEs** a través de las posibilidades que ofrece la contratación pública electrónica (e-procurement). Como ya se ha explicado en este trabajo, sin efectiva información no hay transparencia ni concurrencia y ello perjudica especialmente a las PYMEs. Aun siendo medidas muy interesantes debe avanzarse en la implementación de los medios electrónicos en la tramitación de los procedimientos de contratos públicos. Obviamente la contratación pública electrónica favorece la competencia, ya que facilita el acceso a la información pertinente sobre oportunidades de negocio. Puede, además, resultar especialmente ventajosa para las PYMEs, ya que les permite una comunicación rápida y barata; así, por ejemplo, puede descargarse el pliego de condiciones y cualquier otra documentación complementaria, sin gasto alguno de copia y envío.

6. En la línea de simplificación de trámites y ahorro de “costes” es necesario insistir en la implementación de la administración electrónica en la tramitación de los contratos públicos. La intercomunicación por medios electrónicos debe garantizar no sólo los extremos relativos al contenido íntegro de los actos sino también los que hacen referencia a su autoría, competencia del órgano y a su fecha de emisión, lo cual es especialmente relevante en relación con trámites como las certificaciones de existencia de crédito o los informes preceptivos de los órganos que tienen encomendada la fiscalización económica de los actos o el asesoramiento jurídico<sup>70</sup>. Aquí debe tenerse muy en cuenta lo dispuesto por la Ley 11/2007 de 2 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que exige de presentar documentos que ya tienen las Administraciones Públicas y que da plena validez al envío de documentos escaneados acompañados con la firma digital del interesado. Un ejemplo claro son los Registros Electrónicos de Licitadores —bóveda del sistema para la efectiva contratación Pública electrónica-, y cuya implantación condiciona todo el modelo<sup>71</sup>.

Directamente ligado al objetivo anterior, y desde la perspectiva de la “ventanilla única” parece correcta y aconsejable la creación de Registro de licitadores de ámbito territorial autonómico, en tanto medida de simplificación y ahorro de costes para los licitadores (y también poderes adjudicadores) amén de dotar de más agilidad a los procedimientos. Registros que, lógicamente, sus certificados deberán tener validez y eficacia obligatoria para todas las Administraciones Públicas<sup>72</sup>. Recordemos que los certificados del actual Registro de Licitadores de la Comunidad Autónoma solo tienen validez para aquellas entidades que lo

hayan reconocido previo el oportuno convenio<sup>73</sup>. El registro tendría que tener un formato electrónico y ser accesible por medios enteramente telemáticos. Esta dotará de mayor celeridad a los procedimientos proporcionando una mejor gestión de los mismos.

### 3) La integridad como elemento fundamental en la política de compras públicas

Se ha venido insistiendo en la idea de que el ordenamiento jurídico que se pretenda efectivo y eficiente en la aplicación de sus previsiones necesita de mecanismos procedimentales y procesales que permitan “reparar y corregir” de forma eficaz las contravenciones a lo dispuesto<sup>74</sup>. De lo contrario se asume un riesgo de corrupción y desconfianza en un sistema que, si bien formalmente puede ser correcto, en la práctica deviene como “generador o facilitador” de incumplimientos que se consolidan y favorecen la idea de que la justicia no es igual para todos los ciudadanos<sup>75</sup>. Los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de la contratación pública un ámbito expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción. La nueva normativa europea mejora las salvaguardias existentes contra tales riesgos y ofrece una protección suplementaria.

Para avanzar en la efectividad del principio de integridad, la nueva regulación comunitaria se articula sobre los siguientes conceptos<sup>76</sup>:

a) La Directiva 2014/23 contiene en su artículo 24 una regulación específica **sobre los conflictos de intereses** (a desarrollar pormenorizadamente por los Estados), que se refiere a situaciones de conflicto de intereses reales, potenciales o percibidas, que afecten al personal del poder adjudicador o de los prestadores de servicios contratados que intervienen en el procedimiento y a miembros de la dirección del poder adjudicador que pueden influir en el resultado de un procedimiento de contratación pública aunque no participen en él oficialmente. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

La percepción de objetividad es un elemento necesario de cara a la credibilidad del modelo, por lo que, con carácter preventivo y didáctico deben tenerse muy en cuenta los conflictos de interés<sup>77</sup>. Por ello, la solución que se propone es que se podrá denegar de la participación del miembro del personal en cuestión en el procedimiento de contratación afectado o en la reasignación de sus funciones y responsabilidades (abstención), pero si el conflicto de intereses no puede solucionarse de manera eficaz por otros medios, el candidato o el licitador en cuestión será excluido del procedimiento.

La Directiva ha eliminado la disposición específica contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento que sí se contenía en la versión inicial (artículo 22)<sup>78</sup>.

b) Importante resulta preservar la confidencialidad de las ofertas a fin de preservar los legítimos intereses empresariales (artículo 21). Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008 (VAREC), el órgano que conozca este recurso deberá garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información. La justificación es la siguiente:

*“El objetivo principal de las normas comunitarias en materia de contratos públicos comprende la apertura a la competencia no falseada en todos los Estados miembros (véase, en este sentido, la sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, C-26/03, Rec. p. I-1, apartado 44).*

*Para alcanzar dicho objetivo, es necesario que las entidades adjudicadoras no divulguen información relativa a procedimientos de adjudicación de contratos públicos cuyo contenido pueda ser utilizado para falsear la competencia, ya sea en un procedimiento de adjudicación en curso o en procedimientos de adjudicación ulteriores.*

*Además, tanto por su naturaleza como conforme al sistema de la normativa comunitaria en la materia, los procedimientos de adjudicación de contratos públicos se basan en una relación de confianza entre las entidades adjudicadoras y los operadores económicos que participan en ellos. Éstos han de poder comunicar a tales entidades adjudicadoras cualquier información útil en el marco del procedimiento de adjudicación, sin miedo a que éstas comuniquen a terceros datos cuya divulgación pueda perjudicar a dichos operadores.*

*Por dichas razones, el artículo 15, apartado 2, de la Directiva 93/36 establece que las entidades adjudicadoras tienen la obligación de respetar el carácter confidencial de todas las informaciones proporcionadas por los proveedores”<sup>79</sup>.*

c) Por motivos evidentes, **el sistema de control de la contratación continúa siendo el principal eje sobre el que pivota la normativa comunitaria para preservar la integridad.** De ahí la importancia de las Directivas “recursos” , que tienen una vocación de mejora en la gestión de la contratación pública —más allá de instrumento para la tutela de los licitadores<sup>80</sup>— como se refleja claramente en el Considerando 21 de Directiva de 2007/66, de reforma de las Directivas 89/665 y 92/13, al afirmar que: “La presente Directiva respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En concreto, la presente Directiva tiene por objeto garantizar el pleno respeto del derecho a la tutela jurídica efectiva y a un juez imparcial, de conformidad con el artículo 47, párrafos primero y segundo de la Carta”<sup>81</sup>.

Esto significa que el sistema de recursos, además de la mejora de la eficacia de los recursos nacionales, en particular los referentes a los contratos públicos celebrados ilegalmente, se inscribe igualmente en el marco de la política general de la Unión Europea contra la corrupción atendiendo al parámetro de respeto al derecho fundamental de la Unión Europea a una buena administración. En consecuencia, el sistema de recursos en materia de contratación pública exige una interpretación compatible con estos derechos (incorporados ya al ordenamiento español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio), atendiendo a las pautas interpretativas determinadas por los tribunales, de la Unión o nacionales.

Cobra así especial importancia el sistema de recursos, como instrumento de integridad y mejora en la gestión, lo que obliga a que existan órganos de control independientes y especializados que resuelvan las cuestiones que se susciten en los plazos previstos, de forma motivada para poder corregir las irregularidades detectadas y evitar que se vuelvan a producir en futuras licitaciones. Por ello, aun sin ser una acción pública, la legitimación debe ser amplia, para favorecer la propia función de depuración que se encomienda al sistema de recursos, e impulsar una doctrina clara que preserve los principios de seguridad jurídica y predictibilidad, de especial impacto en un sector tan sensible como el de los contratos públicos.

Del sistema diseñado se infiere que los poderes adjudicadores estarán obligados a cancelar una adjudicación declarada ilegal por el órgano de control (STJUE de 4 de diciembre de 2003, EVN AG), sin que sea admisible la regla general de que un contrato nulo continúe su ejecución (STJUE de 3 de abril de 2008, Comisión/Reino de España). Y así debe interpretarse el régimen del recurso especial contenido en el TRLCSP, con el fin de garantizar su efecto útil. Es decir, dentro del plazo de recurso especial, el incumplimiento del plazo suspensivo de la formalización no puede derivar en una cuestión de nulidad. Así, la estimación del recurso especial dará lugar a la anulación de la adjudicación y “arrastrará a esa invalidez sobrevenida” lógicamente, al contrato indebidamente formalizado. Por lo tanto, la formalización del contrato sin esperar la resolución del recurso supone directamente incurrir en una nulidad absoluta de pleno derecho<sup>82</sup>. Con ello no solo se impide alcanzar el efecto útil del recurso preconizado por las Directivas comunitarias, sino que también se afecta gravemente a la perfección del contrato y a los aspectos financieros que le son propios, pues en los contratos llamados de pasivo (obras públicas, suministros y servicios, entre otros) la disposición del compromiso del gasto se produce no con la adjudicación del contrato sino con su formalización por lo cual si esta se hace irregularmente los pagos al contratista serían nulos y otro tanto ocurriría con los contratos de activo como son los contratos de gestión de servicios públicos que convertirían las tarifas de los usuarios y los cánones concesionales percibidos por las Administraciones públicas como manifiestamente ilegales.

d) Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan<sup>83</sup>. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad<sup>84</sup>.

e) Conviene destacar la previsión inicial de regular una **nueva gobernanza** —aunque muy limitada en el texto definitivo tras las críticas de las autoridades nacionales— que obligaría a que los Estados miembros designasen a una única autoridad nacional, de naturaleza independiente, con funciones de supervisión y control de la contratación pública en lo que se pretende sea una nueva gobernanza de la contratación pública. Solo un organismo único en cada Estado, para proporcionar una visión de conjunto de las principales dificultades de aplicación, con competencia expresa para proponer soluciones adecuadas para los problemas de carácter más estructural. Entidad que asumiría, además, una competencia de vigilancia para los contratos de un valor relativamente elevado: 1 000 000 de euros para los suministros y los servicios, y de 10 000 000 de euros para el resto. A tal fin, los poderes adjudicadores tendrán la obligación de transmitir el texto de los contratos celebrados referidos de forma que este organismo podrá examinarlos y valorar si existen prácticas incorrectas —además de permitir a los interesados acceder a estos documentos, siempre que no resulten perjudicados intereses públicos o privados legítimos— lo que debe contribuir a reforzar la idea de integridad para prevenir supuestos de corrupción y/o clientelismo, que, a la vez que erosionan la idea de objetividad de las Administraciones públicas —que puede conducir a cuestionar su propia legitimidad democrática— conllevan claras y evidentes ineficiencias de los fondos públicos.

Este organismo de supervisión, en tanto pueda contar con medios y preparación suficiente, es un instrumento fundamental en el cambio de los paradigmas de la gestión de los contratos públicos en tanto sea capaz de proporcionar información real e inmediata sobre el funcionamiento de la política y los posibles defectos de la legislación y las prácticas nacionales, postulando con rapidez las soluciones más adecuadas.

#### 4) Regulación de la ejecución de contratos: las modificaciones del objeto

Una importante novedad en la Directiva sobre contratación pública es que, junto a otras cuestiones propias de los efectos de los contratos (incluidas en el Capítulo IV denominado ejecución del contrato), se regula como elemento de las reglas de adjudicación del contrato las incidencias de la ejecución del mismo que obligan a una modificación del mismo. Regula así los supuestos en que podrá darse por válida una modificación sin que sea necesaria una nueva licitación. Y abre la posibilidad al control de esta potestad mediante los instrumentos de las Directivas “recursos”<sup>85</sup>.

La nueva regulación encuentra su fundamento en la conocida Sentencia de 29 de abril de 2004 (Succhi di frutta)<sup>86</sup>, en la que el Tribunal aborda la cuestión al analizar la obligación de los poderes adjudicadores de cumplir con los documentos del contrato:

*“El principio de igualdad de trato entre los licitadores (...) impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores.”*

Lo que se pretende con la doctrina de esta sentencia, en palabras del propio Tribunal es que:

*“todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata”.*

La nueva normativa, quizá de una manera confusa, intenta fijar los límites y reglas que pueden amparar un modificado en un contrato público. La nueva regulación supone cierta innovación sobre la doctrina del TJUE en la materia, lo que exige cierta precaución en su concreta interpretación, limitada por el respeto a los principios de toda contratación pública y, en especial, el de igualdad de trato.

La regla general es que se prohíbe cualquier modificación que suponga la alteración del contenido sustancial (no se utiliza la palabra esencial) del contrato, en cuyo caso será necesaria una nueva licitación (artículo 72). Con intención de aportar seguridad jurídica, se indica, en el apartado 4, en que casos se considera que existe una modificación sustancial —lo que obligaría a una nueva licitación— cuando:

- a) la modificación introduzca condiciones que, de haber figurado en el procedimiento de contratación inicial, habrían permitido la selección de candidatos distintos de los seleccionados inicialmente o la adjudicación del contrato a otro licitador;
- b) la modificación altere el equilibrio económico del contrato en beneficio del contratista;
- c) la modificación amplíe de forma considerable el ámbito del contrato para abarcar suministros, servicios u obras no previstos inicialmente.
- d) la sustitución del socio contratista (salvo los casos de sucesión total o parcial por reestructuración empresarial en tanto se respeten los principios de la licitación).

En consecuencia, las modificaciones de un contrato serán posibles si no afectan al contenido esencial. Y la Directiva prevé varios supuestos:

- a) cuando hayan sido previstas en la documentación de la contratación, en opciones o cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas. En dichas cláusulas se indicará el alcance y la naturaleza

de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que podrán aplicarse. Es decir, se habilita la regla de que los modificados convencionales podrán alterar el mismo, con el límite de que no se altere la naturaleza global del contrato (lo que debe entenderse como límite a cambios de objeto o de un importe desproporcionado). La reconocibilidad de la prestación de origen ha de ser, sin duda, un parámetro interpretativo de referencia<sup>87</sup>.

b) Que no sea factible la opción de cambiar de contratista por existencia de razones económicas o técnicas vinculadas al procedimiento inicial o genere inconvenientes o costes excesivos. En todo caso, con el límite del cincuenta por ciento del valor inicial del contrato.

c) Cuando con la debida diligencia no se han podido prever las nuevas condiciones y no se altera la naturaleza global del contrato.

d) Casos de sucesión o cesión de contratistas.

e) Modificaciones no sustanciales.

Hasta aquí puede afirmarse que el diseño normativo no resulta coherente con la doctrina del TJUE (que, en principio, seguirá siendo el principal parámetro interpretativo). Parece reconocerse, *ex lege*, los supuestos de modificación por imprevisibilidad hasta el cincuenta por ciento del contrato y siempre que no se afecte al contenido esencial. Se abre un peligroso portillo que ha de generar dudas interpretativas, lo que puede ser contrario al necesario principio de seguridad jurídica y que exige una labor interpretativa conforme a los principios de la contratación pública, con el fin de evitar que sirva de subterfugio a prácticas clientelares o mal diseño del contrato. Lo mismo cuando —concepto jurídico indeterminado— existan motivos económicos, técnicos o de inconveniencia.

Obviamente, la imprevisión debe referirse a imprevisibilidad en sentido estricto y no a la mera imprevisión aun por falta de diligencia<sup>88</sup>, en tanto, como bien recuerda la referida STJUE de 29 de abril, de 2004, *Succhi di Frutta* “un poder adjudicador diligente que desempeñe normalmente su actividad debería haber previsto atenerse a las condiciones para su adjudicación” (apdos. 116-118)-. Así, las nuevas necesidades, en tanto no obedecen al criterio de imprevisibilidad, deberán ser objeto de licitación independiente dado que afectarán al contenido esencial (naturaleza global) del contrato<sup>89</sup>. No en vano, la ya citada STJUE de 23 de enero de 2013, de condena al Reino de España, sobre proyectos relativos a la ejecución de determinadas líneas ferroviarias de alta velocidad en España —AVE-, critica que la legislación española permitiera la modificación por necesidades nuevas ya que tal concepto no forma parte de la noción de imprevisibilidad: “*el uso de un criterio relativo a la apreciación de la existencia de necesidades nuevas permitiría a la entidad adjudicadora modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de la licitación.*”

Casi idéntico régimen se contiene en la Directiva de Concesiones que regula en única disposición y para cualquier modalidad de concesión —artículo 43— el concepto de modificación, requisitos de procedencia así como los límites de aplicación<sup>90</sup>. Por ello, la regulación suscita las mismas críticas ya apuntadas que, en este marco de concesiones, todavía son más sensibles<sup>91</sup>. La interpretación deberá cohonestar los principios e intereses en juego, evitando una alteración indebida de las reglas de competencia.

Interesa destacar que la Directiva sobre contratación pública establece la obligación de publicar las modificaciones contractuales, en tanto elemento de control, con el fin de garantizar el adecuado cumplimiento y tramitación de lo previsto a tal efecto en el pliego (artículo 72.1, último inciso)<sup>92</sup>. Esta obligación obligará a replantear la actual situación en España en virtud de la interpretación que se está dando a la redacción del artículo 40 TRLCSP, que excluye de la posibilidad de recurso especial a los actos de modificación<sup>93</sup>:

*«Sin embargo, no serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos de los órganos de contratación dictados en relación con las modificaciones contractuales no previstas en el pliego que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 105 a 107, sea preciso realizar una vez adjudicados los contratos tanto si acuerdan como si no la resolución y la celebración de nueva licitación»<sup>94</sup>.*

La interpretación no es uniforme, tanto por las dudas que sugiere su redacción como por la propia negación a este recurso de fundamento comunitario. Así, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón ya se pronunció al señalar en su guía de procedimiento para la tramitación del recurso especial en materia de contratación que «...Son impugnables... los actos de trámite siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos... En particular, a título de ejemplo, las decisiones o adjudicaciones adoptadas sin procedimiento formal —por ejemplo, los encargos de ejecución a medios propios o *los modificados que no cumplen los requisitos legales*—...»<sup>95</sup>. Además, la reciente modificación de la normativa autonómica aragonesa sobre contratos públicos (Ley 3/2011, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, modificada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), ha introducido una nueva disposición (artículo 12.bis) que, tras señalar la obligación de publicitar los acuerdos de modificación de los contratos, señala expresamente la posibilidad de interponer recurso contra tal acuerdo de modificación:

*«...Artículo 12 bis. Publicidad de los modificados.*

*1. El acuerdo del órgano de contratación de modificar un contrato se publicará, en todo caso, en el Boletín Oficial y perfil en que se publicó la adjudicación, figurando las circunstancias que lo justifican, su alcance y el importe del mismo, con el fin de garantizar el uso adecuado de esta potestad.*

*2. Igualmente, esta decisión se notificará a los licitadores que fueron admitidos, incluyendo, además, la información necesaria que permita al licitador interponer, en su caso, recurso suficientemente fundado contra la decisión de modificación de no ajustarse a los requerimientos legales...»*

La finalidad del referido artículo 12 bis es generar la transparencia adecuada sobre las causas y consecuencias de los modificados contractuales<sup>96</sup>, así como posibilitar —en su caso—, una eventual impugnación por quienes estuvieran legitimados, si se acreditara que se han incumplido los límites legales a tal potestad de modificación, generando un acto nuevo de adjudicación ilegal<sup>97</sup>. Para ello estarán especialmente legitimados los licitadores no seleccionados<sup>98</sup>.

Esta opinión, favorable a la recurribilidad de los acuerdos de modificación de los contratos públicos no es, sin embargo, unánime. El Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid se ha pronunciado sobre la cuestión en sentido contrario, hasta en dos ocasiones, en el mes de junio de 2011. En su Resolución 17/2011, de 8 de junio, el Tribunal Madrileño concluye que «de acuerdo con la regulación del artículo 310 de la LCSP, interpretada a la luz de la Directiva 2007/66/CE, en relación a los contratos sujetos al Derecho comunitario, los actos del procedimiento de licitación son susceptibles del recurso especial en materia de contratación, mientras que cuando se trata de actos de ejecución del contrato (modificación, resolución, desistimiento posterior o cualquier otro) cabe el régimen de recursos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas

y del Procedimiento Administrativo Común, y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa». La misma opinión confirmaría más tarde, en su Resolución núm. 30/2011, de 29 de junio, en la que se inadmite un recurso especial planteado contra la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de establecimiento es inferior a 500.000 euros, pero cuya adjudicación se propone a una empresa que contempla una inversión superior a dicha cifra. El Tribunal razona que «no cabe interpretar que como consecuencia de la adjudicación, una vez superado el umbral, a partir de ese momento cabe el citado recurso y por tanto ahora sería competente este Tribunal cuando no lo ha sido para controlar los actos anteriores. El mayor importe derivado de la mejor oferta del adjudicatario afectará a una fase posterior, que es la de ejecución del contrato, que no está sujeta al control de los órganos competentes para la resolución del recurso especial en materia de contratación».

Pero esta discusión sobre la exclusión de los «modificados» del ámbito objetivo del recurso especial, con la nueva regulación que se propone en la Directiva, queda ahora superada. Frente a la argumentación de aumento de carga burocrática y dificultades a la gestión, se opta por un control efectivo de todo el ciclo integral del contrato, en una nueva dimensión de lo que se entiende por el derecho a una buena administración<sup>99</sup>. No en vano una modificación ilegal es una «nueva adjudicación» (STJUE de 19 junio 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Cfr. apdo 34), y por tanto, esa «nueva adjudicación» forma parte del objeto de recurso especial<sup>100</sup>. Y es que, en la práctica, ha sido en esta fase donde han proliferado los problemas de corrupción y redes clientelares, poniendo en entredicho el principio de integridad<sup>101</sup>. El concepto amplio de decisión se impone, optando, nuevamente, por criterios funcionales relacionados con la causa del contrato.

Por lo demás, si como gráficamente indicaba J. COLÁS TENAS la «era del reformado» había terminado, no tiene sentido excluir del ámbito del recurso especial en materia de contratación el control sobre el cumplimiento de los nuevos requisitos establecidos<sup>102</sup>.

## 5) Los sistemas de cooperación vertical y horizontal

La nueva Directiva, atendiendo a las declaraciones del Parlamento europeo, intenta aclarar las distintas fórmulas de cooperación, tanto vertical (utilización de medios propios) como horizontal.

a) La Directiva 2014/23, en relación a la **técnica auto-organizativa de *in house providing***, viene a positivizar la doctrina del Tribunal de Justicia, recogiendo en el apartado 1 del artículo 12 (relaciones entre poderes públicos) los requisitos *Teckal*<sup>103</sup>. Esta técnica auto-organizativa justifica la no aplicación de la normativa contractual al existir una relación jurídico-administrativa<sup>104</sup>:

*«1. Un contrato adjudicado por un poder adjudicador a otra persona jurídica quedará excluido del ámbito de aplicación de la presente Directiva si se cumplen todas y cada una de las condiciones siguientes:*

*a). que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios;*

*b). que al menos el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador;*

*c). que no exista participación privada en la persona jurídica controlada...»*

Obviamente, estos requisitos deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien pretenda beneficiarse de ella<sup>105</sup>. Y, debe tenerse en cuenta el límite de no afectar al principio de libre competencia<sup>106</sup>.

Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual<sup>107</sup>.

Eso explica que varias entidades pueden disponer de control análogo sobre un mismo ente propio como ha declarado el TJUE en su Sentencia de 13 de noviembre de 2008, *Coditel*, (apdos. 50, 52 y 54) afirmando que lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo, no siendo indispensable que el control sea individual (apdo. 46). En todo caso, la consecuencia del control análogo es la de la obligatoriedad de aceptarlo y ejecutarlo por ente el que lo recibe, y no lo contrario, como bien pone de relieve BERNAL BLAY (en correcta interpretación de la doctrina Cabotermo)<sup>108</sup>. Control análogo que es de carácter funcional y no formal —no basta con la mera declaración legal— que obliga a acreditar que efectivamente existe ese poder de influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de la Sociedad al que se refería la Sentencia TJUE de 13 octubre de 2005 (*Parking Brixen*). Así lo acaba de corroborar la STJUE de 10 de septiembre de 2009 al indicar que:

*“Sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de la efectividad de las disposiciones estatutarias de que se trata, cabe considerar que el control ejercido por las entidades accionistas sobre la referida sociedad es análogo al que ejercen sobre sus propios servicios en circunstancias como las del litigio principal, cuando:*

*— la actividad de dicha sociedad se limita al territorio de las mencionadas entidades y se realiza esencialmente en beneficio de éstas, y*

*— a través de los órganos estatutarios integrados por representantes de las mencionadas entidades, éstas ejercen una influencia determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad”.*

De lo descrito se constata que una de las cuestiones más controvertidas es determinar, pues, cuando, al margen de la participación en el accionariado, hay control análogo ya que «...lo esencial es que el control ejercido sobre la entidad sea efectivo...»<sup>109</sup>. Es decir, como puede ser válido un control conjunto en supuestos de cooperación vertical.

Sobre este asunto resulta de interés la reciente STJUE de 29 de noviembre de 2012 (asuntos acumulados C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa*), que mantiene la misma línea que las dos precedentes (Sentencias de 10 de septiembre, *Sea Srl* y 13 de noviembre de 2008, *Coditel*). Esta doctrina admite, con los requisitos que se expondrán, la posibilidad de un control análogo colectivo sobre un medio propio siempre que haya una participación tanto en el capital como en los órganos de dirección<sup>110</sup>. La cuestión, que no analiza el Tribunal de Justicia, es si el derecho a ser consultado, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otras entidades que participan permite afirmar que un accionista minoritario (con una sola acción) ostenta un control sobre una entidad, análogo al que se dispone sobre los propios servicios. El Tribunal de Justicia, concluye que «...cuando varias administraciones públicas, en su condición de entidades adjudicadoras, crean en común una entidad encargada de realizar la misión de

servicio público que incumbe a aquéllas o cuando una administración pública se adhiere a la mencionada entidad, el requisito sentado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —según el cual, para que tales administraciones públicas queden dispensadas de la obligación de tramitar un procedimiento de adjudicación de contratos públicos de conformidad con las normas del Derecho de la Unión, han de ejercer conjuntamente sobre dicha entidad un control análogo al que ejercen sobre sus propios servicios— se considerará cumplido cuando cada una de las administraciones públicas participe tanto en el capital como en los órganos de dirección de la entidad en cuestión». Sin embargo, el Tribunal de Justicia remite al *Consiglio di Stato* que plantea las cuestiones prejudiciales que dan lugar a la Sentencia para que sea dicho órgano quien determine si la celebración por los Ayuntamientos de *Cagno* y de *Solbiate* de un pacto de accionistas por el que se acordaba su derecho a ser consultados, a nombrar a uno de los auditores de cuentas y a designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes en dicho pacto permite que dichos Ayuntamientos contribuyan efectivamente al control de ASPEM. Hay una importante diferencia entre las circunstancias que concurren en esta Sentencia de 29 de noviembre de 2012 y las que concurrían en la de 10 de septiembre de 2008, de las cuales cabría deducir una respuesta distinta a la cuestión de si se da o no un control análogo ejercido de manera conjunta en cada uno de los supuestos. Así, mientras la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 se refiere a un pacto de accionistas según el cual los Ayuntamientos que habían suscrito una acción en el capital social de ASPEM serían consultados, podrían nombrar a uno de los auditores de cuentas, y designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes, la Sentencia de 10 de septiembre de 2008 se refería a un supuesto en el que el ejercicio conjunto del control análogo sobre el medio propio se manifestaba en la participación de todas las entidades con un representante en órganos de dirección superpuestos a los que establece el Derecho de sociedades para el gobierno de las mismas, con independencia de su participación en el accionariado, y a través de los cuales se ejercían unas importantes facultades de control tanto de la Junta General de accionistas como del Consejo de administración. La posibilidad de influir de manera determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes de la sociedad que ponían de manifiesto —según el Tribunal de Justicia— las anteriores condiciones, no parece que pueda deducirse de igual modo del derecho de consulta (no vinculante), de nombramiento de un auditor de cuentas (que no forma parte del órgano de dirección de la entidad), o de la posibilidad de designar un miembro del Consejo de administración de común acuerdo con otros ayuntamientos participantes (no hay participación directa de un representante de cada entidad en el órgano de dirección), por lo que, sin perjuicio de lo que pueda concluir el *Consiglio di Stato* italiano, la adjudicación del contrato sobre la que versa la Sentencia de 29 de noviembre de 2012 debería considerarse realizada, en nuestra opinión, infringiendo las disposiciones de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios<sup>111</sup>.

En consecuencia, como bien ha indicado M.A BERNAL BLAY, al requisito del control sobre el medio propio, análogo al ejercido sobre los propios servicios, se le ha ido dotando poco a poco de un cierto carácter flexible o elástico, resultando admisible su ejercicio de forma colectiva por varias entidades. Ahora bien, no conviene olvidar que, aun conjunto, el control sobre el medio propio debe ser efectivo, y ese es precisamente el punto de tensión que marca el nivel máximo de elasticidad o flexibilidad del citado requisito<sup>112</sup>.

El segundo requisito que se debe exigir para admitir la existencia de *in house providing* es que la entidad proveedora debe realizar —necesariamente— la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan (que no debe confundirse con las notas requeridas en el primer criterio explicado)<sup>113</sup>. Se debe realizar por ésta la actividad en provecho de quien le realiza en encargo o encomienda (STJUE de 18 de diciembre de 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia). El requisito de que el ente instrumental realice con la entidad que lo controla la parte esencial de su actividad económica es ciertamente coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual de dicho ente controlado. En efecto, si la exención del ámbito de la contratación pública se basa en que el contrato “*in house*” no es sino una forma de “*autoprovisión*” por parte de la entidad adjudicadora, tal exención pierde su sentido si el ente instrumental se dedica a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. Dicho de otro modo, esta actuación revelaría que ese ente es algo más que un medio propio con personalidad diferenciada por lo que deberían aplicarse las Directivas Comunitarias.

El último requisito es introducido por la STJUE de 11 de enero de 2005 (Stadt Halle) —y corroborado por la STJUE 8 de abril de 2008, *Comisión Vs. República Italiana* — y la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Sea srl.*, al afirmar que<sup>114</sup>:

“En el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50, en su versión modificada por la Directiva 97/52, con una sociedad jurídicamente distinta de ella en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

Es decir, la participación privada en un ente público, por mínima que ésta sea, rompe el criterio exigido en las Sentencias TECKAL y ARGE y en modo alguno puede entenderse que estas empresas con participación privada puedan ser medios propios, por lo que los encargos deben ser necesariamente objeto de licitación<sup>115</sup>.

Así lo había fijado ya la STJUE de 8 de abril de 2008 (*Comisión/República de Italia*) al afirmar lo siguiente:

*38 En lo que atañe a la primera condición, relativa al control de la autoridad pública, debe recordarse que la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participe asimismo la entidad adjudicadora de que se trata, excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase la sentencia Stadt Halle y RPL Lochau, antes citada, apartado 49).*

*39 Sobre este particular, según demuestra el estudio anexo al escrito de contestación, relativo a las participaciones del Estado italiano en EFIM (Ente Partecipazioni e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica y Agusta, esta última, que es una sociedad privada desde su creación, siempre ha sido, desde 1974, una sociedad de economía mixta, es decir, una sociedad cuyo capital está integrado por participaciones que son propiedad en parte del citado Estado y en parte de accionistas privados.*

*40 De la misma forma, puesto que Agusta es una sociedad abierta parcialmente al capital privado y, en consecuencia, responde al criterio expuesto en el apartado 38 de*

*la presente sentencia, queda excluido que el Estado italiano pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.*

*41 En tales circunstancias, y sin que sea necesario examinar la cuestión de si Augusta desarrolla lo esencial de su actividad con la autoridad pública concedente, procede desestimar la alegación de la República Italiana basada en la existencia de una relación «in house» entre dicha sociedad y el Estado italiano.”(negrita nuestra).*

En conclusión, la técnica de cooperación vertical mediante fórmulas instrumentales propias debe ser interpretada restrictivamente sin que pueda ser utilizada cuando la prestación esté comprendida en el ámbito de la aplicación de la Directiva<sup>116</sup>. Lo que resulta también evidente es que el instrumento para realizar esta encomienda no es el convenio —por tener naturaleza jurídica distinta— y que la misma es aplicable al margen del umbral de la prestación<sup>117</sup>. Por ello, en tanto la relación jurídica no sea con las entidades “propietarias”, teniendo esta relación carácter oneroso y típica resultara de obligada aplicación las previsiones relativas a procedimientos de adjudicación, pues lo contrario sería una contravención a la regla de transparencia y concurrencia recogida tanto por la norma comunitaria como la nacional<sup>118</sup>.

b) Esta Directiva pretende clarificar los supuestos **de cooperación horizontal o cooperación público-público** (artículo 12.4). Este ha sido uno de los temas más vidriosos, lo que ha generado gran inseguridad jurídica para establecer en qué medida la legislación de contratación pública debe cubrir la cooperación entre autoridades públicas. La jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se interpreta de forma diferente por los Estados miembros e incluso por los poderes adjudicadores. Por ello, la Directiva especifica en qué casos no tienen que someterse los contratos celebrados entre poderes adjudicadores a las normas de adjudicación de concesiones. Esta aclaración se fundamenta en los principios establecidos en la jurisprudencia aplicable del Tribunal de Justicia. Es esta una cuestión que se planteó ya en el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), precisamente al hilo de la cooperación intermunicipal. Considera el Parlamento (apartado 45) que dicha cooperación «debe considerarse irrelevante en materia de Derecho de contratación pública cuando:

a) se trate de cooperación entre autoridades municipales,

b) las tareas encomendadas a esas autoridades municipales sean objeto de reestructuración técnico-administrativa o las competencias de supervisión de las autoridades locales sean similares a las que ejercen sobre sus propios servicios, y

c) las actividades se lleven a cabo básicamente para las autoridades locales correspondientes.

El Parlamento Europeo ya había rechazado la aplicación del Derecho de contratación pública en los casos en los que los municipios deseen desempeñar cometidos conjuntamente con otros municipios en su ámbito geográfico de actuación como medida de reorganización administrativa, sin ofrecer a terceros en el mercado libre la prestación de tales servicios (apartado 46). Se funda su opinión en que el Derecho de contratación pública debe aplicarse sólo cuando las autoridades locales ofrezcan servicios en el mercado actuando como empresas privadas en el contexto de cooperación entre tales autoridades locales o prevean que las tareas públicas las desempeñen empresas privadas u otras autoridades locales (apartado 48)<sup>119</sup>.

Ahora la Directiva trata de dar respuesta a esta técnica de cooperación administrativa justificada sobre el principio de principio de eficacia y eficiencia (y muy especialmente en el ámbito de la administración local), aclarando los mecanismos de colaboración con

otras autoridades públicas, tal y como expresamente se recomienda en la STJUE de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant SA* (apdos. 48 y 49). Y es que —sin forzar los límites propios de la técnica del convenio para ocultar un contrato— es posible articular mecanismos de colaboración y cooperación —muy especialmente para el desarrollo adecuado y eficiente de los servicios públicos—.

En definitiva, será posible y conveniente la cooperación horizontal pero deberán cumplirse los siguientes criterios:

a) que el acuerdo establezca una auténtica cooperación entre los poderes o entidades participantes para la ejecución conjunta de obligaciones de servicio público, lo que conlleva la fijación mutua de derechos y obligaciones;

b) que el acuerdo se rija exclusivamente por consideraciones de interés público;

c) que los poderes o entidades adjudicadores participantes no realicen en el mercado libre más de un 20 % del volumen de negocios obtenido merced a las actividades pertinentes en el marco del acuerdo;

d) que el acuerdo no conlleve transferencias financieras entre los poderes y entidades adjudicadores participantes, excepto las correspondientes al reembolso del coste real de las obras, los servicios o los suministros;

e) que en ninguno de los poderes o entidades adjudicadores exista participación privada.

Paradigmática en la interpretación de esta regulación es la STJUE de 9 de junio de 2009, (*Comisión Vs. República Federal de Alemania*, apdo. 47), que admite la posibilidad de articular una colaboración entre poderes públicos a través de vínculos convencionales al considerar que no existe un contrato público sino una fórmula organizativa y no contractual, en tanto se acreditaba la concurrencia de una serie de circunstancias que permitían tal consideración:

a) objetivo común de interés público;

b) prestación que no tiene naturaleza comercial, por carecer de vocación de mercado; y

c) existencia de derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución<sup>120</sup>.

De aquí se deduce que es condición indispensable que la prestación quede fuera del mercado, lo que implica la imposibilidad de que, con base en el acuerdo de colaboración se presten servicios a terceros, pues ello desviaría la atención de la persecución de objetivos de interés público que es la finalidad que justifica su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa sobre contratos públicos. Puede decirse en este sentido que se trata de una condición mucho más estricta que la que se predica en relación con los encargos a medios propios, donde se permite la actuación del medio propio con terceros siempre que la parte esencial de su actividad tenga como destinatario al ente o entes que lo controlan.

Como bien ha explicado M.A. BERNAL BLAY, tanto la opinión del Parlamento como la doctrina del Tribunal de Justicia parecen caminar en una misma dirección: la necesidad de distinguir, a efectos de aplicar o no la normativa sobre contratos públicos, entre formas modernas de organización de la ejecución (conjunta) de las tareas públicas por los poderes adjudicadores, guiadas exclusivamente por consideraciones de interés público, por una parte (es decir, no reguladas por las normas de contratación pública), y la pura compraventa (comercial) de bienes y servicios en el mercado, por otra (sujeta a la normativa sobre contratos públicos)<sup>121</sup>. Al igual que sucede con los encargos a medios propios, donde es la concurrencia acumulativa de dos requisitos la circunstancia que determina que la relación entre el poder adjudicador y el medio propio no tenga la consideración de contrato sino que entre dentro del ámbito de la organización administrativa, la exclusión de las fórmulas de cooperación interadministrativa horizontal del ámbito de aplicación de la normativa sobre

contratos públicos encuentra su fundamento en la concurrencia de los requisitos apuntados tanto por el Parlamento europeo como por el Tribunal de Justicia<sup>122</sup>.

### III. LA NUEVA DIRECTIVA DE CONCESIONES Y SU SIGNIFICADO

Esta nueva Directiva de concesiones 2014/24, de 26 de febrero es, sin duda, de las grandes “novedades”, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)<sup>123</sup>. Propuesta de normativa que generó una importante contestación y que su aprobación definitiva exigirá un esfuerzo de trasposición<sup>124</sup>. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado<sup>125</sup>, donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas características (en contratos complejos y de larga duración) y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible. En consecuencia, el principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco<sup>126</sup>. Y, por supuesto, incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadoras contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En los actuales tiempos de restricciones presupuestarias la política de concesiones parece una herramienta de indudable interés práctico. Y frente a ciertos reparos ideológicos que ven en esta modalidad de concesiones como colaboración con el sector privado una privatización de servicios públicos conviene recordar, en palabras de G. MARCOU que “los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía”<sup>127</sup>.

#### La delimitación conceptual entre contrato y concesión

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias Instituciones Comunitarias. Así, en los considerandos de esta Directiva — se advierte que “Existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión (Cdo 4)”<sup>128</sup>.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público, pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública<sup>129</sup>. Así lo advierte la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)).

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 4.1 de la Directiva al referirse a 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”*. Añadiendo que 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 desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato<sup>130</sup>. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva *“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por «riesgo de demanda» el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por «riesgo de oferta» el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”*.

Este riesgo operacional se vincula a la utilización (que incluye la disponibilidad). Lo ha definido bien el TJUE:

*“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.” (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09).*

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte

significativa del riesgo que corre. Obviamente, el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos<sup>131</sup>.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar un “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias —más bien lo contrario— al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión. En todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico. Ese equilibrio o equivalencia de prestaciones, determinado inicialmente en el momento de celebrar el contrato, debe mantenerse posteriormente durante el tiempo que dure su ejecución, en aplicación del principio general de vigencia de las condiciones contractuales *rebus sic stantibus*. En los contratos de gestión de servicios públicos, como bien explicara ARIÑO ORTIZ<sup>132</sup>, “el álea comercial tiene un doble alcance: hay un álea comercial ordinario que es el propio de toda explotación y cuya alteración en ningún caso es causa de revisión; pero junto a él hay lo que podríamos llamar un álea garantizado, en el sentido de que la Administración asume en todo caso los riesgos de pérdidas por debajo de un máximo, pero también controla y limita la ventura de unos beneficios extraordinarios por encima del máximo calculado”. El restablecimiento del equilibrio de las prestaciones se configura, por tanto, como la técnica que permite devolver a las partes a la situación inicial, cuando, durante la ejecución del contrato, falla el reparto de riesgos pactado<sup>133</sup>.

Aceptando como inherente al concepto de riesgo operacional la idea de equilibrio económico del contrato y su aplicación dinámica, la normativa plantea dudas que deberán ser resueltas en la trasposición (de hecho nuestra actual regulación no las resuelve) pues una deficiente regulación de los riesgos puede ser un impedimento —o sobrecoste financiero— a las inversiones que exigen este tipo de contratos. Debería concretarse a nivel legal los casos de *factum principis*, que, en mi opinión, deben englobar cualquier decisión administrativa (o legislativa) que altere de forma imprevisible el adecuado reparto de riesgos y permita no

distorsionar indebidamente la tasa interna de retorno (TIR)<sup>134</sup>. No reconocer tal opción para el equilibrio del contrato implica importantes dosis de inseguridad jurídica que condicionarán las inversiones en estos contratos. Y en nada se rompe el principio de igualdad o eficiencia pues permite dar seguridad para garantizar la correcta ejecución del contrato y su plan financiero con independencia de quien resulte adjudicatario. Igualmente debe regularse la cláusula de progreso y su concreto significado obligacional, pues la propia evolución técnica puede conducir a tal desequilibrio que haga inviable la gestión de la concesión, planificada en un entorno de la técnica distinta. Importa promover los avances tecnológicos a toda concesión, pero cuando la inversión afecta a la lógica sobre la que se planificó la inversión debería ajustarse el TIR. Por último, aunque se entienda ahora excluido bien podrían regularse los efectos del riesgo imprevisible. En este punto, la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA) es un elemento de seguridad importante, que funciona como efecto llamada en los inversionistas al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión.

### Las novedades en las reglas procedimentales

Obviamente esta Directiva se aplicará para los contratos armonizados (ahora 5 186 000 para las que se recogen en el Anexo III). Para su determinación se pormenoriza los parámetros de cálculo, entre los que habrán de tenerse en cuenta “las eventuales variantes o ampliaciones de la duración de la concesión”, la totalidad de las obras o servicios si conforman un proyecto único y aunque se adquieran por diversos contratos (con disposiciones especiales para la adjudicación por lotes), o la prohibición de fraccionamiento para evitar la inaplicación de la Directiva.

Esta Directiva de concesiones establece también una serie de requisitos concretos y precisos que se han de aplicar en las distintas fases del proceso de adjudicación sobre la base de los principios del Tratado interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Además, hace extensiva la aplicación del Derecho derivado a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exento de este tipo de legislación. Con esta nueva norma, deberán promoverse convocatorias públicas de todas aquellas concesiones cuya valoración alcance los 5 186 000 euros (el valor de la concesión será el *volumen de negocios total de la empresa concesionaria generados durante la duración del contrato*, excluido el IVA, estimado por el poder adjudicador o la entidad adjudicadora, *en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, así como de los suministros relacionados con las obras y los servicios*). Se admite, como es lógico, que el plazo del contrato se precise en función de la amortización de las inversiones y de la obtención de un beneficio razonable<sup>135</sup>.

Además, se diseñan los procedimientos de adjudicación utilizando los mismos procedimientos que en la Directiva de contratos públicos<sup>136</sup>. Y, de forma coherente, se establece una ampliación del ámbito de aplicación de las Directivas «Recursos» (Directivas 89/665/CEE y 92/13/CE, modificada por la Directiva 2007/66/CE) a todos los contratos de concesión por encima del umbral con el fin de garantizar unos canales que permitan impugnar la decisión de adjudicación ante un tribunal y de establecer unas normas judiciales mínimas que deben observar los poderes y entidades adjudicadores.

La Directiva, como se ha dicho, establece un régimen de modificaciones uniforme al previsto en la Directiva de contratación pública<sup>137</sup>. Igualmente limita hasta el umbral fijado en el artículo 8 o el 10% del precio del contrato original la posibilidad de realizar modificaciones no sustanciales<sup>138</sup>. Además, regula un supuesto de modificación sustancial que no requiere la tramitación de un nuevo procedimiento y en el que extiende extraordinariamente dicho límite cuantitativo hasta un 50% del valor de la concesión original. Obviamente, como

ya se ha explicado anteriormente, resulta necesaria una interpretación estricta de dicho apartado 6 “*circunstancias que un poder adjudicador o entidad adjudicadora diligente no pudo prever*”, pues de lo contrario será una vía para eludir la tramitación de un nuevo expediente de contratación en supuestos que *de facto* son modificaciones sustanciales tal y como ha reconocido la jurisprudencia comunitaria.

Conviene insistir en la idea de que la técnica del equilibrio financiero del contrato no deberá ser utilizada cuando el problema tenga su causa en el estudio económico de viabilidad, que en muchos casos no existe, y que es el que presenta el contratista a licitación. Esta cuestión es clave, por cuanto al no existir estudio de viabilidad la administración desconoce los costes de explotación, las inversiones que debe realizar el contratista, y otros factores necesarios para determinar, en su momento, si la explotación del servicio es rentable o deficiente pese a los esfuerzos del contratista. Pero ello no justifica la alteración o modificación del pliego, en tanto la debida diligencia debida en estos procedimientos, y los principios de eficacia y eficiencia, son límites insoslayables en la ejecución de estos contratos, que, por lo demás, se encuentran sometidos a las normas contables de SEC 95, con efectos, por tanto, sobre los datos de endeudamiento y déficit que podrían derivar de un “reequilibrio financiero” no debido.

#### IV. EL RETO DE LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Admitido el carácter estructurante del principio de transparencia —íntimamente vinculado con el principio de igualdad de trato—, procede contextualizar su significado en el contexto de la compra pública. Sin olvidar, claro, que guarda íntima relación con la cultura de nueva gobernanza<sup>139</sup>.

La función del principio de transparencia en los contratos públicos

La contratación pública es, sin duda, el principal teatro donde analizar, y reflexionar sobre, la función y el efecto de la transparencia<sup>140</sup>. Y ello por dos motivos principales. Primero, porque el impacto económico de los contratos públicos es de tal dimensión que afecta a la consecución del objetivo del mercado interior y desarrollo de la actividad económica transfronteriza. Los últimos estudios publicados por la Comisión Europea son elocuentes: en el año 2008, la compra de bienes, obras y servicios por parte del sector público se cifró en 2.155 billones de euros que equivalen a un 17,23% del producto interior bruto (PIB) europeo y en el 2010 más del 19%<sup>141</sup>. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos —de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes—, como de una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (como indica la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de marzo de 2003, Interporc). En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 abril de 1996, Autobuses Valones). El impacto económico, desde una perspectiva de estabilidad presupuestaria, es evidente, y por sí mismo aconsejaría una revisión del modelo de transparencia con el fin de conseguir la mejor optimización de fondos públicos (evidente alternativa a la opción de ajustar otros capítulos presupuestarios sin testar un modelo más eficiente) preservando el mismo nivel de eficacia (o calidad) de la prestación que se contrata.

El segundo motivo está directamente ligado con la integridad, en tanto la realidad nos presenta como en este escenario concurren numerosos casos de corrupción y de prácticas clientelares, de las que derivan evidentes ineficiencias económicas y, por supuesto, pérdida

de legitimación democrática de las instituciones administrativas y políticas<sup>142</sup>. Este objetivo de transparencia forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (incorporada ya al ordenamiento español en virtud de la Ley orgánica 1/2008, de 31 de julio)<sup>143</sup>. Sin transparencia existe el riesgo de la corrupción, que es la más grave patología en un estado de derecho y que supone negar el derecho a una buena administración. Por el contrario, una gestión transparente de los contratos públicos, como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada<sup>144</sup>.

En estos dos contextos conviene analizar las posibilidades del principio de transparencia en la contratación pública.

En materia de contratación pública, el significado del principio de transparencia fue definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relacionándolo con el principio de igualdad de trato de los licitadores. De hecho, se ha llegado a afirmar que el principio de transparencia es el corolario del principio de igualdad. Si el principio de igualdad de trato de los licitadores, cuyo objetivo es favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores, el principio de transparencia tiene esencialmente por objeto limitar el riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (evitar, en suma, la práctica de redes clientelares). Resulta, por tanto, que el principio de igualdad de trato implica una obligación de transparencia para permitir que se preserve su respeto (sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, C-470/99, apartado 91, y de 12 de marzo de 2008, *Evropaïki Dynamiki*, T-345/03, apartado 142 y siguientes).

Esto explica que la publicidad no es —ni puede serlo— un mero principio formal. La publicidad, mediante los instrumentos que se utilicen —técnicos y regulatorios— debe generar competencia o concurrencia empresarial, tal y como bien advierte la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, al afirmar que «los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados». La obligación de transparencia que recae sobre cualquier ente contratante consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada y efectiva que permita abrir a la competencia el contrato licitado mediante la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 6 de abril de 2006, *ANAV* apartado 21)<sup>145</sup>. Cuestión que queda “cerrada” con la doctrina fijada por la STJUE de 16 de septiembre de 2013 (Comisión contra Reino de España), aplicable con carácter general al supuesto que nos ocupa:

*«66 El principio de igualdad de trato entre licitadores, que no es más que una expresión específica del principio de igualdad de trato (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 y 48, y la jurisprudencia allí citada; sentencia del Tribunal General de 12 de marzo de 2008, European Service Network/Comisión, T-332/03, no publicada en la Recopilación, apartado 72) y que pretende favorecer el desarrollo de una competencia*

*sana y efectiva entre las empresas que participan en una licitación, impone que todos los licitadores dispongan de las mismas oportunidades al formular los términos de sus ofertas e implica, por tanto, que éstas estén sometidas a las mismas condiciones para todos los competidores (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, apartado 110). De este modo, la entidad adjudicadora está obligada a respetar, en cada fase del procedimiento de licitación, el principio de igualdad de trato de los licitadores (sentencia del Tribunal General de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, T-203/96, Rec. p. II-4239, apartado 85), y éstos deben encontrarse en igualdad de condiciones tanto en el momento en que preparan sus ofertas como en el momento en que éstas se someten a la evaluación de la entidad adjudicadora (véanse, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 2008, Michaniki, C-213/07, Rec. p. I-9999, apartado 45, y de 17 de febrero de 2011, Comisión/Chipre, C-251/09, no publicada en la Recopilación, apartado 39, y la jurisprudencia allí citada).*

*67 Por otra parte, el principio de igualdad de trato implica, en particular, una obligación de transparencia para permitir a la entidad adjudicadora garantizar su respeto (véanse las sentencias Lombardini y Mantovani, citada en el apartado 64 supra, apartado 38, y Comisión/Chipre, citada en el apartado 66 supra, apartado 38, y la jurisprudencia allí citada). El principio de transparencia, que constituye el corolario del principio de igualdad de trato, tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora (sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111) y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase la sentencia Parking Brixen, citada en el apartado 66 supra, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada). Implica que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar que efectivamente las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trata (sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada en el apartado 66 supra, apartado 111). Por último, los principios de igualdad de trato y de transparencia constituyen la base de las Directivas referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos. En el deber que incumbe a las entidades adjudicadoras de garantizar la observancia de dichos principios reside la propia esencia de estas Directivas (véase la sentencia Michaniki, citada en el apartado 66 supra, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada)».*

Esto significa que resulta necesario que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate<sup>146</sup>. También, debe servir para evitar que mediante fraccionamiento del objeto contractual se eludan los principios de publicidad y concurrencia<sup>147</sup>.

Son varias las estrategias a adoptar para hacer de la transparencia el eje de la contratación pública<sup>148</sup>. Para garantizar la transparencia, con el fin de promover la competencia, nuestra legislación contractual diseña un régimen de publicidad obligatoria en boletines oficiales y en el perfil de contratante argumentado que estos medios informáticos de publicidad estaban recomendados por la propia Comisión Europea. Sin embargo, el desarrollo efectivo de esta previsión se aleja del objetivo pretendido, pues se permitió que todo ente contratante pueda crear su propio perfil de contratante (miles de ellos), lo que supone una clara fragmentación del mercado (al fragmentar la información), máxime cuando en los contratos no armonizados los poderes adjudicadores no administración pública solo publican sus licitaciones en su perfil (artículo 191 TRLCSP).

Nos encontramos así ante una barrera de entrada para nuevos operadores económicos que introduce, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica, que pueden conducir a la postre a un mercado «cautivo», que potencia la compra del «cercano» e impide el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad, por cuanto la actividad contractual realizada por los entes instrumentales no es en modo alguno residual, tanto por el número de entes existentes en la actualidad, como por el volumen de los contratos que realizan.

Para intentar corregir esta consecuencia, algunas comunidades autónomas reaccionaron intentando coordinar, mediante plataformas de contratación, la información de los contratos públicos en su ámbito geográfico (es el caso de Cataluña, Galicia o Aragón)<sup>149</sup>.

Ahora el Estado, para intentar corregir el error, plantea una reforma de este modelo de publicidad en la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, donde aparece una disposición adicional que afirma:

*“Plataforma de Contratación del Sector Público. La Plataforma de Contratación del Estado regulada en el artículo 334 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, pasará a denominarse Plataforma de Contratación del Sector Público. En la Plataforma se publicará, en todo caso, bien directamente por los órganos de contratación o por interconexión con dispositivos electrónicos de agregación de la información de las diferentes administraciones y entidades públicas, la convocatoria de licitaciones y sus resultados de todas las entidades comprendidas en el apartado 1 del artículo 3 del texto refundido de la Ley de contratos del sector público”.*

Esta previsión merece alguna reflexión. La primera, que cualquier decisión legal que adopte el Estado debe reflejar la identidad autoorganizativa de las comunidades autónomas, en tanto que entes con autonomía política. No es posible una recentralización competencial (lo que expresamente rechaza el propio proyecto de Ley), ni desde la óptica legal, ni de oportunidad, ni de eficacia. Es cierto que hay que «reconducir» el actual fenómeno, pero poniendo en valor lo que ya existe y funciona en el marco de la descentralización territorial de nuestro Estado. La segunda, que la unidad de mercado, con apoyo en el artículo 139 CE, exige uniformidad jurídica y de los sistemas de publicidad, lo que no implica unicidad de plataforma de contratación cuando ya existen —y han sido costosas— las plataformas autonómicas. Por ello, lo que procedería es una previsión legal que estableciera que con el fin de asegurar una efectiva concurrencia los distintos anuncios de licitación se deberán publicar, independientemente de su importe, en la Plataforma de contratación del Estado o en los Perfiles de Contratantes de las respectivas Comunidades Autónomas. Además, debería preverse la obligatoriedad de la utilización del Código CPV (*common procurement vocabulary*)

en todo contrato, al margen del importe, de tal forma que quedarían estandarizadas las referencias utilizadas por los órganos de contratación en la descripción del objeto de sus contratos, con la consiguiente mejora de la transparencia de los contratos públicos. De ese modo, cualquier operador jurídico, con independencia de su procedencia, podrá conocer cuál es el objeto de la licitación y decidir si resulta de su interés o no. Por supuesto, y así debería interpretarse la previsión que contempla esta Ley de Unidad de Mercado, debería alcanzarse una colaboración inter-plataformas que contenga toda la información sobre la licitación en España, para lo que urgen estándares que favorezcan la interoperabilidad<sup>150</sup>.

En definitiva, es importante reforzar mecanismos de publicidad que garanticen el principio de unidad de mercado, pero respetando la arquitectura institucional propia de un estado descentralizado, incorporando medidas de colaboración efectiva, y aprovechando las experiencias positivas que ya se han desplegado y funcionan. De esta manera, se corregirá la actual fragmentación del mercado por indebida publicidad, lo que permitirá una mayor concurrencia —de la que serán especialmente beneficiadas las PYME— y se conseguirá una mayor eficiencia de fondos públicos.

Por otra parte, la cuestión de la publicidad efectiva queda muy condicionada con la complejidad jurídica derivada del artículo 3 TRLCSP y la dualidad de regímenes jurídicos de poderes adjudicadores según sean, o no, administración pública, ya que este complejo entramado —y que parece un tanto oculto— es la consecuencia que se deriva de que en los contratos no armonizados (no sujetos al umbral fijado por la normativa comunitaria) a quienes no son administración pública se les exceptiona de las previsiones de la Ley (a modo de deslegalización) y se determina —artículo 191 TRLCSP—, que los mismos aprobarán manuales de instrucción que den plasmación, en todo caso, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación (nada dice de las prohibiciones de contratar, aunque de la coherencia sistemática de la Ley así se desprende). Aunque este precepto no lo previene explícitamente, la lógica —derivada de la dicción del artículo 54 TRLCSP— obliga a entender que serán también de aplicación las previsiones relativas a capacidad y solvencia, prohibiciones de contratar, objeto y precio del contrato, así como las normas de fiscalización interna y externa —a través de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa competente y del Tribunal de Cuentas— y las relativas al Registro de Contratos del Sector Público (333 TRLCSP).

Esta «deslegalización procedimental» parece peligrosa, pues pueden proliferar distintos y variados procedimientos (distintos plazos, distinta documentación, etc.) que pueden ser una barrera de entrada para nuevos operadores económicos, introduciendo, a mi juicio, innecesarias dosis de inseguridad jurídica que pueden conducir a la postre a una fragmentación del mercado potenciando la compra del «cercano» e impidiendo el efectivo funcionamiento, por inadecuada concurrencia, de las economías de escala<sup>151</sup>. No hay nada más contrario a la efectividad del principio de transparencia que la dispersión normativa y el «caos» regulatorio de los distintos procedimientos de licitación. Afirmación que entiendo queda avalada por la propia realidad por cuanto el número de entes existentes considerados poderes adjudicadores no administración pública<sup>152</sup>.

Hubiera sido mejor introducir flexibilización (tramitación simplificada, documentación de solvencia sólo exigible al adjudicatario propuesto, medios electrónicos, etc.) pero uniforme para todos estos supuestos de descentralización funcional. El sistema dual normativo en contratos no armonizados abre, por tanto, un portillo peligroso que puede derivar en la inaplicación de hecho de las previsiones y principios del TRLCSP, y en especial del principio

de transparencia, mediante la configuración, por ejemplo, de entes de derecho público con personalidad jurídica privada que, conservando prerrogativas públicas, se dotarán de un régimen *ad hoc* por debajo del umbral comunitario. A esto debe sumarse el hecho de que estas instrucciones se han publicado en los específicos perfiles de contratantes, y es tal el número (de varios miles), que se dificulta —si no impide— a los licitadores tener una visión de conjunto cercenando el principio de concurrencia<sup>153</sup> (si bien es cierto que tras la redacción dada al artículo 334 TRLCSP esta patología debe estar en camino de corrección). La conclusión es evidente: la publicidad, en un contexto de «dispersión de normas jurídicas» no podrá cumplir su función, y solo servirá como argumentario formal al cumplimiento de los principios de la contratación pública.

Se exige, pues, una revisión de este modelo y una actuación proactiva del poder público a favor de la efectiva transparencia. Por ello, deberían establecerse las siguientes obligaciones<sup>154</sup>:

- a. publicación de los anuncios de contratos públicos en línea;
- b. habilitación de un único portal Web centralizado para el Estado y las comunidades autónomas;
- c. libre acceso a los anuncios;
- d. motor de búsqueda multifuncional;
- e. posibilidad de que las empresas creen un perfil, a fin de recibir avisos sobre oportunidades de negocio;
- f. descarga directa de los pliegos de licitación y la documentación complementaria;
- g. sistema de licitación electrónica, que permita a los poderes adjudicadores recibir ofertas por vía electrónica con sujeción a lo dispuesto en las directivas sobre contratación pública en lo que respecta a la integridad de la información, la confidencialidad y la accesibilidad.

El principio de transparencia como derecho a la información y complemento del derecho a buena administración

La transparencia en la contratación pública puede tener una función distinta a la de facilitar información a los licitadores para favorecer la concurrencia y ser más eficientes. En concreto puede servir para dar información a los ciudadanos de cómo se gestiona la contratación pública, con la intención de avanzar en el derecho a una buena administración y, por ende, a un control de la misma<sup>155</sup>. La función del principio de transparencia es, en este caso, de carácter sustantivo y no instrumental en tanto tiene por objetivo la rendición de cuentas a la sociedad<sup>156</sup>.

Por ello, su regulación debe contenerse en la Ley de transparencia, en tanto esa será la norma cabecera<sup>157</sup>. En este punto puede recordarse que la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno contiene una previsión específica al respecto en lo que será el artículo 8 de esta norma<sup>158</sup>:

*“Información económica, presupuestaria y estadística.*

*1. Los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título deberán hacer pública, como mínimo, la información relativa a los actos de gestión administrativa con repercusión económica o presupuestaria que se indican a continuación:*

*a) Todos los contratos, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en*

*el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de los contratos. La publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente.*

*Asimismo, se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.*

*b) La relación de los convenios suscritos, con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas. Igualmente, se publicarán las encomiendas de gestión que se firmen, con indicación de su objeto, presupuesto, obligaciones económicas y las subcontrataciones que se realicen con mención de los adjudicatarios, procedimiento seguido para la adjudicación e importe de la misma.*

*c) Las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios.*

*d) Los presupuestos, con descripción de las principales partidas presupuestarias e información actualizada y comprensible sobre su estado de ejecución y sobre el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las administraciones públicas.*

*e) Las cuentas anuales que deban rendirse y los informes de auditoría de cuentas y de fiscalización por parte de los órganos de control externo que sobre ellos se emitan.*

*f) Las retribuciones percibidas anualmente por los altos cargos y máximos responsables de las entidades incluidas en el ámbito de la aplicación de este Título. Igualmente, se harán públicas las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.*

*g) Las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad que afecten a los empleados públicos así como las que autoricen el ejercicio de actividad privada al cese de los cargos mencionados en el artículo 3 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado o asimilados según la normativa autonómica o local.*

*h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades de los representantes locales así como de los miembros no electos de la junta de gobierno local, en los términos previstos en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. Cuando el reglamento orgánico no fije los términos en que han de hacerse públicas estas declaraciones, se aplicará lo dispuesto en el artículo 14, apartado 4 de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado. En todo caso, se omitirán los datos relativos a la localización concreta de los bienes inmuebles y se garantizará la privacidad y seguridad de sus titulares.*

*i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, en los términos que defina cada administración competente”.*

Esto supone que un portal de transparencia contractual debe contener información sobre:

a) Todo contrato público —y todo contrato patrimonial— al margen de su importe y tipo. Es decir, que aun en los procedimientos sin publicidad que permite el TRLCSP, debe publicarse en transparencia que ese contrato se ha celebrado. Esta información permitirá analizar la política de compra pública

b) Hay que publicar la prestación licitada —concreción del tipo de contrato—, publicidad utilizada, número de licitadores, importe de licitación y adjudicación y adjudicatario. No se trata de replicar la información del perfil de contratante, sino de sistematizar de forma adecuada todos estos conceptos. Obviamente, la información debe poder ser objeto de «tratamiento» mediante sistema de búsquedas que permita, por ejemplo, determinar el número de contratos adjudicados en un mismo licitador; o la baja entre presupuesto de licitación y de adjudicación, o comparar la política de compras entre entes contratantes. Interesa destacar que se debe dar información de todos los contratos menores realizados, con los datos generales de importe, objeto y adjudicatario, lo que supone «sacar» de la penumbra esta modalidad contractual. Además, deben indicarse los motivos de elección del procedimiento (de especial interés en el procedimiento negociado). Como una matización en los contratos menores es su remisión trimestral (agrupada, claro), pero cumpliendo los mismos requisitos.

c) Igualmente se deben publicar las modificaciones contractuales, lo que permitirá valorar si se cumplen o no las exigencias legales que las habilitan, así como el importe de las mismas.

d) Igualmente deben publicarse los actos de desistimiento y de renuncia a la realización de contratos. Y todos los convenios realizados, lo que facilitará «descubrir» si se ocultan o no verdaderos contratos públicos<sup>159</sup>.

Esta información pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa al existir un control político de su actuación. Y, por ello, en tanto que permite «dar luz» a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública. A tal fin se publicarán datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público, lo que nos permitirá detectar la corrección o no de la utilización de las formas de provisión. Interesa destacar que igualmente debería informarse sobre importe y número de contratos que recaen en los licitadores, desagregando el dato, por tipo de administración, con el fin de detectar prácticas restrictivas o «posiciones privilegiadas» en un concreto mercado público.

La transparencia se comporta aquí como instrumento principal de rendición de cuentas y de legitimación del buen hacer administrativo, directamente vinculado al principio de “buena gobernanza”<sup>160</sup>. Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos<sup>161</sup>. Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para «modificar y corregir» aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

Y muy ligada a esta idea de transparencia —vinculada con la de seguridad jurídica y predictibilidad— debería, como bien han sugerido P. VALCÁRCEL y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, consolidar un adecuada transparencia de los informes o resoluciones dictados por los órganos consultivos en materia de contratación o los especializados en la resolución de los recursos contractuales. La publicación en las distintas páginas web de los informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública estatal —y de los emanados de los equivalentes órganos autonómicos—, así como de las resoluciones de los Tribunales u órganos especializados en

recursos contractuales, ya estatales ya autonómicos, garantizando un acceso fácil y rápido a su doctrina constituye una pieza seminal para el mejor engranaje de un funcionamiento transparente del sistema<sup>162</sup>.

## V. EPÍLOGO. HACIA LA TRANSPOSICIÓN EFECTIVA DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Analizadas las principales novedades de la normativa contenida en la Directiva de contratos públicos y la Directiva de concesiones resta, sucintamente, dar cuenta del contenido de la Directiva en los denominados “sectores especiales”, que viene a sustituir a la Directiva 2004/17 (transpuesta en España mediante Ley 31/2007)<sup>163</sup>. La nueva Directiva 2014/25 pretende, en la línea del objetivo de las anteriores propuestas de Directivas ya referidas, tanto la simplificación como la flexibilización del régimen procedimental<sup>164</sup>. Para alcanzar tal objetivo se aclara el ámbito de aplicación. Así, el concepto básico de «contratación», que aparece también en el título de la Directiva, se ha introducido por primera vez para delimitar mejor el ámbito de aplicación y la finalidad de la legislación sobre contratación y facilitar la aplicación de los umbrales. Se revisan, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, las definiciones de algunas nociones clave que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva (como organismo de Derecho público, contratos públicos de obras y de servicios, o contratos mixtos). Al mismo tiempo, se ha procurado que la propuesta dé continuidad al uso de nociones y conceptos desarrollados a lo largo de los años a través de la jurisprudencia del Tribunal y que son bien conocidos para los profesionales. A este respecto, cabe señalar que algunas pequeñas desviaciones respecto de la redacción o la presentación conocidas de las Directivas anteriores no implican necesariamente un cambio de fondo, sino que pueden deberse a una simplificación de los textos.

La noción de derechos especiales o exclusivos es fundamental para la definición del ámbito de aplicación de la presente Directiva, puesto que las entidades que no son ni poderes adjudicadores ni empresas públicas a tenor de la presente Directiva están sujetas a sus disposiciones únicamente en la medida en que ejerzan una de las actividades cubiertas sobre la base de tales derechos. Nada dice al respecto la Directiva (a diferencia de su primer antecedente, la Directiva 93/38), pero habrá que entender que tendrán consideración de derechos exclusivos los títulos habilitantes de naturaleza concesional o de autorizaciones operativas contingentadas por motivos de interés público; y que se consideran derechos especiales aquellas prerrogativas propias de una administración pública, como la fijación de sanciones administrativas, la potestad de inspección y policía, o de ser beneficiaria de un procedimiento expropiatorio por motivos de utilidad pública o interés social.

Procede, como importante novedad, aclarar que los derechos que se han concedido mediante un procedimiento en el que se ha asegurado una publicidad adecuada y sobre la base de criterios objetivos, en particular de conformidad con la legislación de la Unión, no constituyen derechos especiales o exclusivos a efectos de la presente Directiva.

A la vista de los resultados de la evaluación, su ámbito de aplicación, en términos de sectores cubiertos, sigue siendo básicamente el mismo. No obstante, la contratación con fines de prospección de petróleo y gas se ha retirado del ámbito de aplicación, puesto que se ha observado que es un sector sometido a tal presión competitiva que la disciplina que aporta la Directiva ya no es necesaria.

Tras todo lo expuesto, y a modo de conclusiones, puede afirmarse que la cuarta generación de Directivas de contratos públicos puede ser el fin del ciclo de la regulación en la

materia, máxime cuando existe una importante doctrina del TJUE que ya se ha incorporado y que, en todo caso, sirve de pauta interpretativa de cara a la integración y armonización de los Derechos atendiendo a los principios, categorías e instituciones de los Ordenamientos nacionales<sup>165</sup>.

Este nuevo paquete legislativo exige del Estado español una depuración normativa antes del fin de junio de 2014. El contenido de esta nueva normativa, y la experiencia práctica de nuestra legislación nacional aconsejan una nueva normativa, completamente distinta del actual TRLCSP en tanto parece lógico que existan tres normas legales distintas o bien un “Código de Contratos Públicos” con partes diferenciadas en función del objeto: contratos públicos, concesiones, contratos excluidos. Un “Código” que dote de seguridad jurídica y predictibilidad en un sector de tanta trascendencia económica y social.

En todo caso, al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos deberá respetar los principios comunitarios inherentes a la contratación pública evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral<sup>166</sup>. Como advirtiera ya BAÑO LEÓN, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados<sup>167</sup>. Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006). Opinión que se corrobora en la STJUE de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario<sup>168</sup>:

*“efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)”.*

En conclusión, nos encontramos en tiempos de cambios que exigen reformas en profundidad de las normas administrativas y en concreto de las de contratación pública, que permitan, ahora sí, configurar un modelo armonizado y uniforme de contratación pública en Europa que permita una adecuada optimización de los fondos públicos para consolidar

las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, y que incorpore como premisas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad.

Si la necesaria estabilidad del marco normativo es deseable, también la necesaria profesionalización en aras a promover una nueva “cultura” de la contratación pública, que haga de la misma un instrumento de políticas públicas activas alejado de prácticas clientelares o de validación de proyectos claramente insostenibles ya desde una perspectiva financiera ya desde la propia lógica de la conveniencia y su sostenibilidad<sup>169</sup>. La necesidad derivada de la nueva regulación aconseja la adecuada profesionalización. Objetivo que se recoge en la Declaración de Cracovia, que contiene las conclusiones del primer Foro del Mercado Interior celebrado en dicha ciudad los días 3 y 4 de octubre de 2011, y que entre las medidas para mejorar el funcionamiento de la legislación comunitaria sobre contratación pública, propone *profesionalizar el sector de la contratación pública a través de una mejor formación*.

Y para ello, la Directiva de contratación pública contempla la obligación de constituir tanto estructuras de apoyo jurídico y económico que ofrezcan asesoramiento, orientación, formación y ayuda para preparar como órganos especialmente preparados para llevar a cabo los procedimientos de contratación. Además, y como consustancial a la idea de profesionalización, es fundamental que la actividad de los gestores públicos se atenga a un código ético estricto que evite el conflicto de intereses y que se les dote de herramientas para detectar las prácticas colusorias y diseñar estrategias que las impidan<sup>170</sup>. La profesionalización es, en suma, uno de los factores clave para promover la integridad<sup>171</sup>.

Para cumplir este fin de integridad hay que reforzar los mecanismos de control tanto mediante la función de inspección y control de los Tribunales de Cuentas<sup>172</sup>, Agencias de Lucha antifraude<sup>173</sup> y, sobretodo, mediante la necesaria independencia de un control efectivo y rápido<sup>174</sup>. Hay que exigir una mayor cualificación y responsabilidad de los “gestores” públicos (evitar la politización). Debe orientarse la legislación hacia una cultura ética de la actuación administrativa que garantice y promueva la integridad en la gestión de los asuntos públicos<sup>175</sup>. Y ello porque esta en juego, insistimos, la efectividad del derecho a una buena administración<sup>176</sup>.

Este es el reto de la transposición de las nuevas Directivas cuyo diseño debe permitir implantar una nueva gobernanza pública —junto con otras reformas estructurales—, incorporar como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad que permita impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestro modelo social y económico, impulsar la reactivación económica y empresarial y, por supuesto, a legitimar democráticamente nuestro modelo político.

Como conclusión, puede afirmarse que nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado. Una correcta utilización de compra pública, como instrumento al servicio de políticas públicas, debe permitir reforzar los principios inherentes al modelo social europeo y garantizar su sostenibilidad en una situación geopolítica cada vez más tensionada desde los mercados orientales, que obligan a repensar y reforzar la estrategia del mercado interior europeo.

## NOTAS

1. El presente trabajo fue presentado por el autor en el I Seminario sobre transparencia administrativa y protección de los intereses financieros de la UE en la Euronregión Galicia-Norte de Portugal, celebrado en la sede de la Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 19 y 20 de marzo de 2014.
2. Sobre el contenido de las nuevas Directivas me remito a mi trabajo “Las nuevas Directivas—cuarta generación—en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, REDA núm. 159, 2013, págs 25-89 y de J.A. MORENO MOLINA, “La cuarta generación de Directivas de la Unión Europea sobre contratos Públicos”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, págs. 115 a 163. De especial interés, en tanto se apuntan las líneas estratégicas de la reforma, es el trabajo de A. RUIZ DE CASTAÑEDA y M. A. BERNAL BLAY, “La contratación pública y el Derecho comunitario. Cuestiones pendientes”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 23 a 42. Sobre los principios aplicables a esta materia, por todos, me remito al trabajo de J.A. MORENO MOLINA, “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de contratación” en el Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández, Thomson, Pamplona, 2012, pág. 3429 y ss. del tomo II.
3. Desde el año 2004, las Directivas vigentes en materia de contratación pública son las Directivas 2004/18/CE («sectores clásicos») y 2004/17/CE («sectores especiales»), ambas aprobadas el 31 de marzo de 2004, que coordinan, respectivamente, los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, así como de los contratos de los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).
4. La presente iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM (2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM (2010) 245], «Unión por la innovación» [COM (2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM (2010) 614], «Energía 2020» [COM (2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM (2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM (2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos». Sobre la transposición de las anteriores Directivas en los Estados miembros resulta de gran interés el libro colectivo coordinado por M. SÁNCHEZ MORÓN, El Derecho de los contratos públicos en la Unión europea y sus Estados miembros, Les Nova, Valladoid, 2011.
5. El ‘Informe de evaluación: impacto y eficacia de la legislación comunitaria sobre contratación pública’(http://ec.europa.eu/internal\_market/publicprocurement/modernising\_rules/evaluation/index\_en.htm#maincontentSec1) recoge las opiniones y recomendaciones de más de seiscientos profesionales sobre la efectividad de las actuales directivas que rigen la contratación en organismos públicos. El informe destaca que las directivas sobre contratación pública han fomentado la apertura y la transparencia provocando que la competencia se haya intensificado. Esto se ha traducido en un ahorro de costes o inversión pública adicional que se cuantifica en 20.000 millones de euros, un cinco por ciento de los 420.000 millones de euros que se licitan anualmente a escala europea en contratos públicos. También recoge el deseo unánime de recortar, agilizar y flexibilizar los trámites burocráticos. Este aspecto resulta fundamental para las pequeñas y medianas empresas (PYME) que actualmente sufren completando la cantidad de exigencias administrativas que obligan los procesos de licitación. Este análisis ha servido de punto de partida para la revisión de las directrices que se acometió a finales del pasado año. Con ella se pretende mantener una política equilibrada que preste apoyo a la demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos con el medio ambiente, socialmente responsables e innovadores, ofreciendo además a las autoridades adjudicadoras unos procedimientos más sencillos y flexibles y que garanticen un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME.
6. Con fecha 23 de marzo de 2013 la Comisión Europea presentó la propuesta para la decisión Consejo relativa a la conclusión formal del Protocolo que modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP), el único acuerdo legalmente vinculante en la OMC relativa a la contratación pública. Por otro lado, en relación con la modernización de la política de contratación pública de la UE, apoya la petición de que se clasifiquen por prioridades las cuestiones tratadas en el Libro Verde y, en este sentido, pide a la Comisión que examine en primer lugar las cuestiones de la simplificación de las normas, el acceso equilibrado a los mercados del sector público, y la mejora del acceso de las PYME, y que emprenda como un segundo paso la revisión de la contratación pública y las concesiones, con el fin de obtener la necesaria y completa participación, no solo del Parlamento Europeo y los Estados miembros, sino también de los ciudadanos y las empresas. En fecha 7 de marzo de 2014 se ha publicado en el DOUE el Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, hecho en Marrakech el 15 de abril de 1994. En concreto, reemplaza el Preámbulo, los artículos I a XXIV y los Apéndices del Acuerdo de 1994, por las disposiciones establecidas en su anexo.
7. Me remito a mi opinión en www.obcp.es de marzo de 2012: “Unidad de mercado y contratación pública: redefiniendo los perfiles de contratante”. Por otra parte, como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.
8. Por todos, A. RUIZ DE CASTAÑEDA, “La nomenclatura CPV en la contratación”, en la obra colectiva Estudios en Homenaje a Ángel Ballesteros, La Ley, Madrid, 2011, pág. 203 y ss.
9. Me remito a mi trabajo “Compra pública estratégica”, en libro colectivo Contratación pública estratégica / coord. por J. Pernas García, Aranzadi, 2013, Cizur Menor, págs. 45-80.
10. GIMENO FELIÚ, J.M., La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española, Civitas, 2006, págs. 15-21 y Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, Nº. 9, 2010, págs. 50-55. También ORDÓÑEZ SOLÍS, La Contratación pública en la Unión Europea, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 162-182, MORENO MOLINA, J.A., Crisis económica y contratos públicos: el Real Decreto Ley 9/2008 por el que se crean un fondo estatal de inversión local y un fondo especial del Estado para la dinamización de la economía y del empleo”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 83, 2009, pág. 37 y ss. y L. ORTEGA ALVAREZ, “El equilibrio entre los principios de interés público y el de libre competencia en la contratación pública local”, Revista Electrónica CEMCI, núm. 3 de 2009. Igualmente, en esta línea, pueden citarse a: Melero Alonso E.: “El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid núm.1, 1999, (artículo firmado junto a Maravillas Espín Sáez) y Blázquez Román, J.A. y Ramírez Hortelano, P., “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 42, 2005, pág. 39. Así lo entendido también la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 17/2008, de 21 de julio. Y es que, como bien advirtiera Mestre Delgado, se constata en la regulación de la contratación pública la existencia de un interés público por emplear mecanismos de refuerzo-o fomento— para forzar a los empresarios al cumplimiento de previsiones —no necesariamente previstas con el carácter de imposiciones coactivas— contempladas en normativas sectoriales, “Contratos públicos y políticas de protección social y medioambiental”, REALA núm. 291, 2003, pág. 707.
11. T. MEDINA, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Cizur Menor, 2011, págs. 43 a 94.

12. Una posición contraria a la valoración en la contratación de criterios relativos a otras políticas de la Unión Europea —como cláusulas sociales o medioambientales— es sostenida por ARROWSMITH, S., “The E.C. procurement Directives, national procurement policies and better governance: the case for anew approach”, *European Law Review*, vol. 21, núm. 1 de 2002, págs. 11-13.
13. Como destaca G. VARA ARRIBAS, es posible una contratación pública sostenible que combine adecuadamente criterios económicos con criterios sociales y ambientales. “Novedades en el debate europeo sobre la contratación pública”, *Revista Española de Derecho comunitario* núm. 26, 2008, 128.
14. En un caso que la Comisión tuvo que examinar, el poder adjudicador se basó principalmente en los elementos siguientes para adjudicar un contrato a la empresa local de transporte: la implantación de la empresa en la localidad tenía, por una parte, repercusiones fiscales y suponía, por otra, la creación de puestos de trabajo estables; además, la adquisición en ese mismo lugar de un importante volumen de material y servicios por parte del proveedor garantizaba una serie de empleos locales. La Comisión consideró que los poderes adjudicadores no podían basarse en este tipo de criterios para evaluar las ofertas, dado que no permitían valorar una ventaja económica propia de la prestación objeto del contrato y que beneficiara al poder adjudicador. Esta primera objeción venía motivada por la violación de las normas sobre adjudicación contenidas en el artículo 36.1 de la Directiva 92/50/CEE. Asimismo, estos elementos habían llevado a discriminar a los demás licitadores, puesto que, al comparar las ofertas, se dio preferencia al único proveedor establecido en la localidad considerada. En consecuencia, se había infringido el principio general de no discriminación entre proveedores de servicios enunciado en el artículo 3 de la Directiva 92/50/CEE. A favor de esta posibilidad también se había posicionado en España el Consejo de Estado en su Dictamen 4464/98, de 22 de diciembre. En la doctrina Sin ánimo exhaustivo pueden citarse los siguientes trabajos: M.A. BERNAL BLAY, “Hacia una contratación pública socialmente responsable, las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, en libro col. *El Derecho de los contratos públicos*, Monográficos de la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. X, Zaragoza, 2008; J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*. Estudio sistemático, La Ley, Madrid, 2007, pág. 516 y ss.; S. VERNIA TRILLO, “La inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 20, 2002, págs. 429-454; J. F. MESTRE DELGADO, “Contratos...”, ob. Cit., págs. 705-730; H. GOSÁLBEZ PEQUENO, “¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?”, *Justicia administrativa* núm. 20, 2003, págs. 27-67; P. LÓPEZ TOLEDO, “Contratación pública y medio ambiente”, *Contratación Administrativa Práctica*, 33, 2004, pág. 25 y ss.; P. L. MARTÍNEZ PALLARÉS, “El recurrente debate sobre los criterios de adjudicación de los contratos públicos”, en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felíu, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 61 y ss.; J. M. GIMENO FELÍU, “Los procedimientos y criterios de adjudicación y la posibilidad de valorar aspectos sociales y medioambientales”, en *Contratación de las Administraciones públicas: análisis práctico de la nueva normativa sobre contratación pública*, dir. J. M. Gimeno Felíu, Atelier, Barcelona, 2004, pág. 61 y ss.; F. VILLALBA PÉREZ, “La dimensión social de la contratación pública. El sector de la discapacidad en la Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, 74, 2009, pág. 49 y ss.; S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, “Cláusulas sociales y licitación pública: análisis jurídico”, *Instituto Andaluz de Administración Pública*, Sevilla, 2009; J. A. VÉLEZ TORO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa local”, *Contratación Administrativa Práctica*, 10, 2002, pág. 32 y ss.; J. A. BLÁZQUEZ ROMÁN y P. RAMÍREZ HORTELANO, “Las cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Contratación Administrativa Práctica*, 42, 2005, pág. 39 y ss.; A. GONZÁLEZ ALONSO, “La contratación pública ecológica”, *Justicia Administrativa* núm. 47, 2010, pág. 31 y ss.; y T. MEDINA ARNÁIZ, “Social Considerations in Spanish Public Procurement Law”, *Public Procurement Law Review*, vol. 20 (2), 2011, págs. 56 — 79.
15. Vid. T. MEDINA ARNÁIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: la utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Cizur Menor, 2011, págs. 43-104.
16. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Hacia un Acta del Mercado Único: Por una economía social de mercado altamente competitiva, de 27 de octubre de 2010, COM (2010) 608.
17. Bajo este concepto se pone de relieve la necesidad de que los bienes que se adquieran a través de los contratos públicos sean los adecuados para cubrir las necesidades públicas, pero también que el contratista esté capacitado para cumplir las condiciones del contrato en los términos previstos. Vid., por todos, ARROWSMITH, S., LINARELLI, J. y WALLACE, D., *Regulating Public Procurement: National and International Perspectives*, Kluwer Law International, The Hague (Netherlands), 2000, págs. 28 a 30.
18. El mayor número de respuestas procedió del Reino Unido, Alemania y Francia. En el libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2010* (Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 459-516) se recogen las contribuciones presentadas por el grupo de investigación español compuesto por J.M. Gimeno, J.A. Moreno, I. Gallego, M.A. Bernal y T. Medina.
19. De interés es el Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012), y el Dictamen del Comité de las Regiones — Paquete en materia de contratación pública (2012/C 391/09), publicado en DOUE de 18 de diciembre de 2012.
20. Vid. “Verso le Direttive di quarta generazione”, en G.A. BENACCHIO/M. COZZIO *Gli appalti pubblici: tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano, pág. 8.
21. Como ya ha anunciado el Ministerio de Hacienda se han iniciado los trabajos de transposición, con un grupo de expertos.
22. Vid. Borja COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, “Hacia una nueva Directiva de Contratos Públicos” revista digital Noticias jurídicas, mayo 2012 ([http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia\\_una\\_nueva\\_directiva\\_de\\_contratacion\\_publica.html](http://noticias.juridicas.com/articulos/10-Derecho%20Comunitario/20120511-hacia_una_nueva_directiva_de_contratacion_publica.html))
23. Me remito a mi trabajo “El ámbito subjetivo de aplicación TRLCSP: luces y sombras”, RAP 176, 2008, págs. 9-54. Según jurisprudencia reiterada, el concepto de «organismo de Derecho público», concepto de Derecho comunitario que debe recibir una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, se define desde un punto de vista funcional con arreglo exclusivamente a los tres requisitos acumulativos que enuncia el artículo 1, letra b), párrafo segundo, de las Directivas 93/36 y 93/37 (véanse, en este sentido, las sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y otros, de 15 de enero de 1998, apartados 20 y 21; de 12 de diciembre de 2002, *Universale-Bau* y otros, apartados 51 a 53; de 15 de mayo de 2003, *Comisión/España*, apartados 52 y 53, de 16 de octubre de 2003, *Comisión/España*, y de 13 de enero de 2007, apartado 27). En relación a la sentencia de 15 de mayo de 2003 que condena al Reino de España (y las subsiguientes de 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005) pueden consultarse en la doctrina española los siguientes trabajos: J.L. PIÑAR MAÑAS, “La aplicación a entidades privadas de la normativa de contratos públicos y sobre la necesidad de prever medidas cautelares autónomas. Importante STJUE de 15 de mayo de 2003 por la que se condena a España en materia de contratos”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 585, 2003, J.A. MORENO MOLINA, “Reciente evolución del Derecho Comunitario de la Contratación pública. El asunto C-214/2000”, en GIMENO FELÍU José María (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004; B. NOGUERA DE LA MUELA, “El control de la contratación pública en el Derecho Comunitario y en el Ordenamiento jurídico-administrativo español. Breve apunte a propósito de las modificaciones introducidas en el TRLCAP por la Ley

- 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”, en J.M. GIMENO FELLÚ (Coord.) *Contratación de las Administraciones Públicas: análisis de la nueva normativa sobre contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2004, , y también en su estudio “Consecuencias de la Sentencia del TJUE de 15 de mayo de 2003 (Comisión/España) en el Ordenamiento jurídico español: Concepto de poder adjudicador, actos separables en los contratos de las sociedades mercantiles públicas y tutela cautelar contractual. La nueva regulación introducida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”, en *Revista Andaluza de Administración Pública* n° 53, 2004, págs.17-45; J.A. RAZQUIN LIZARRAGA, “El impacto de la Jurisprudencia comunitaria europea sobre contratos públicos (2003-2004) en el Ordenamiento jurídico interno”, *Revista Jurídica de Navarra* n° 37 Enero/Junio 2004, págs. 205-238, J. CARRILLO DONAIRE, “Un nuevo paso en la jurisprudencia comunitaria sobre el concepto de poder adjudicador: la sentencia del TJUE de 16 de octubre de 2003, sobre procedimiento de adjudicación de los contratos de obras públicas con ocasión de una licitación a cargo de la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios”, *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 51, 2003, págs. 127-151 y M. A. BERNAL BLAY, “Acercas de la transposición de las directivas comunitarias sobre contratación pública. Comentario a la STJUE de 13 de enero de 2005, as. C-84/03 (Comisión Vs. Reino de España) y el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo”, *RAP* núm. 168, 2005, págs. 167-185.
24. La STJUE de 11 de junio de 2009 (Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik) determina una interpretación “amplia”, al resolver la cuestión de si un acuerdo celebrado por la caja pública del seguro de enfermedad, de calzado ortopédico fabricado y adaptado individualmente es o no un contrato público sometido a la Directiva 2004/18. En la sentencia se afirma que una financiación, como la analizada, de un régimen público del seguro de enfermedad que tiene su origen en actos del Estado, está, en la práctica, garantizada por los poderes públicos y está asegurada mediante una forma de recaudación de las cotizaciones correspondientes regulada por las disposiciones de Derecho público, cumple el requisito relativo a la financiación mayoritaria por el Estado, a efectos de la aplicación de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos. Este dato —sin valorar si su actividad es o no de interés general o industrial o mercantil— lleva al TJUE a afirmar que tales cajas del seguro de enfermedad deben considerarse organismos de Derecho público y, por consiguiente, poderes adjudicadores a efectos de la aplicación de las normas de esta Directiva. La reciente STJUE de 12 de septiembre de 2013 (Asunto IVD GmbH) ha resuelto, en relación a un colegio profesional, de derecho público, que no cumple ni el criterio relativo a la financiación por parte de los poderes públicos cuando dicho organismo está mayoritariamente financiado por las cuotas abonadas por sus colegiados estando facultado por la ley para fijar las cuotas y cobrar su importe, en el caso de que dicha ley no determine el alcance ni la modalidades de las acciones que el mencionado organismo lleva a cabo en el marco de cumplimiento de sus funciones legales, que las mencionadas cuotas debe financiar, ni el criterio relativo al control de la gestión por parte de los poderes públicos por el mero hecho de que la resolución en cuya virtud el mismo organismo fijan importe de las citadas cuotas de base aprobada por una autoridad de supervisión. En todo caso, la necesaria interpretación funcional de este criterio implica que donde exista influencia dominante, al margen de la participación efectiva, existirá control y se entenderá cumplido este requisito. Esa ha sido la doctrina del TJUE: sentencia de 1 de febrero de 2001, que considera sometidas al régimen de contratación pública a las empresas francesas dedicadas a la construcción de viviendas por parte de servicios públicos de construcción y urbanización y de sociedades de vivienda de alquiler moderado; y la sentencia de 27 de febrero de 2003 (Adolf Truley). En definitiva, como recuerda BAÑO LEÓN (“La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP* núm. 151, 2000, pág. 15) lo que importa al derecho comunitario (desde criterios funcionales), es si la actividad es o no empresarial y si sobre ella tiene influencia determinante el Estado u otro poder adjudicador. También S. GONZÁLEZ-VARAS, *El contrato administrativo*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 24. Esto puede significar que una empresa pública sin participación superior al cincuenta por ciento de su accionariado, sea poder adjudicador si existe influencia dominante, que siempre existirá si hay de facto un derecho de veto (por ejemplo, empresas públicas con participación público-privada al cincuenta por cien).
25. Vid. M. A. BERNAL BLAY, “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, publicado en [www.obcp.es](http://www.obcp.es) (21 de enero de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/recategoria.208/reلمenu.3/chk.aaaa00f4aae47b021abfe36d026f5fe>. Es verdad que el considerando 29 parece limitar esta posibilidad. Sin embargo, el mismo reconoce que hay países en que sí pueden tener consideración de poder adjudicador, en tanto exista una mayoría de financiación pública. Está lógica justificarla en España la aplicación de las previsiones de contratación pública tanto por las organizaciones políticas que cumplan estos requisitos así como sindicatos y organizaciones empresariales.
26. Centrales de compras llamadas a convertirse en un claro instrumento de colaboración administrativa y que debe traducirse en simplificación de la política de compras públicas para muchos de los sujetos sometidos a esta Ley, especialmente, los pequeños municipios. Me remito a mi trabajo “La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismos de gestión eficiente de la organización en el modelo local”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2013.
27. Esta técnica de cooperación prevista como agregación de demandas se contempla en el Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE. Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM (2011) 15 final), de 27 de enero de 2011. Resulta de interés la contribución a dicho documento del grupo de investigación Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Reino de España sobre «Nuevos escenarios de la contratación pública: Urbanismo, contratación electrónica y cooperación intersubjetiva» (Ref. DER JURI 2009-12116). IP: José M. Gimeno Feliú. Puede consultarse en el libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 459-516 (en especial, págs. 478-479). Esta misma opinión es sostenida por R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas*, INAP, 2012, pág. 109.
28. El CESE — Dictamen del Comité Económico y Social europeo sobre la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales», la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la contratación pública», y la «propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión» (DOUE C 191, de 29 de junio de 2012)—es partidario de mantener la diferencia entre los servicios A y B siempre que exista seguridad jurídica, y la posibilidad de prorrogar los contratos transfronterizos de servicios B. Ya en el Dictamen INT/570 se preconizaba una revisión periódica de la lista de servicios B por parte de la Comisión, al objeto de determinar si algunos servicios B pueden, de manera ventajosa, transformarse en servicios A. En todo caso, el CESE muestra su preocupación en relación con los diversos contratos de servicios públicos que se encontraban previamente en la lista de servicios B y que ahora se han eliminado del anexo XVI y del anexo XVII, según el caso, de las propuestas, anexos dónde se recogen los servicios para los que resultará aplicable el procedimiento regulado en los artículos 74 a 76 o 84 a 86 de ambas propuestas. Por otro lado, el CESE entiende que la referencia a los servicios religiosos y a los prestados por sindicatos que actualmente se incluyen en el anexo XVI y en el anexo XVII de las propuestas debe ser eliminada (apartado 1.16.).
29. A juicio de la Comisión, un análisis cuantitativo del valor de los contratos para la adquisición de este tipo de servicios, adjudicados a operadores económicos extranjeros, ha mostrado que los contratos por debajo de este valor no tienen, en general, interés transfronterizo.
30. Resulta de interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un



- socialmente responsable a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, REDA núm. 153, 2012, págs. 213-240.
49. Estos supuestos son citados, a modo ejemplificativo, por Comunicación sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar los aspectos medioambientales en la contratación pública. Y es que, como acertadamente destaca PRIETO ÁLVAREZ, resulta evidente la ventaja comercial derivada de un certificado de garantía ecológica como es la ecoetiqueta. “Medio ambiente...”, ob. Cit., pág. 129.
50. En el Libro Verde Del reto a la oportunidad: hacia un marco estratégico común para la financiación de la investigación y la innovación por la UE, COM (2011) 48 final, de 15 de febrero de 2011, se indica que el logro de los objetivos ampliamente respaldados de crecimiento inteligente, sostenible e integrador fijados en Europa 2020 depende de la investigación y la innovación, que constituyen los motores fundamentales de la prosperidad social y económica, así como de la sostenibilidad del medio ambiente.
51. Especial interés tiene el estudio de T. MEDINA ARNÁIZ, “Comprando para asegurar nuestro futuro: La utilización de la contratación pública para la consecución de los objetivos políticos de la Unión Europea”, Observatorio de Contratos Públicos 2010 (...), op. cit., págs. 43— 101.
52. Sobre la contratación precomercial resulta de interés la Comunicación de la Comisión La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles, COM (2007) 799, de 14 de diciembre de 2007 y la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de febrero de 2009 (2008/2139 (INI), publicada en el DOUE C 67E, de 18 de marzo de 2010. Acerca de su incidencia en la legislación española, CORTÉS MORENO, Á., “La contratación precomercial y la Ley de Contratos del Sector Público. Su reflejo en la Ley de Economía Sostenible”, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, núm. 9, 2011, págs. 1109 — 1119.
53. A este respecto, ha de señalarse que la «contratación precomercial» se incorpora a la legislación contractual española a través de la reforma de la LCSP por parte de la LES. Así, el artículo 38 LES persigue fomentar la contratación pública de actividades innovadoras mediante contratos de investigación y desarrollo. Estos contratos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP al incorporarse a la Ley de Contratos un nuevo supuesto al artículo 4.1 LCSP — concretamente la letra r —. Esta reforma de la LCSP se concreta en la Disposición final decimosexta LES que amplía el elenco de estos negocios al señalar que están excluidos de la aplicación de la LCSP “Los contratos de investigación y desarrollo remunerados íntegramente por el órgano de contratación, siempre que éste comparta con las empresas adjudicatarias los riesgos y los beneficios de la investigación científica y técnica necesaria para desarrollar soluciones innovadoras que superen las disponibles en el mercado. En la adjudicación de estos contratos deberá asegurarse el respeto a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa”. Asimismo, en nuestro derecho, la promoción de la innovación desde la contratación pública además de tener encaje en la LES, tiene reconocimiento en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación y en la Estrategia Estatal de Innovación (e2i) 2010. Véase, T. MEDINA ARNÁIZ, T., “Las principales novedades en la normativa contractual (...)”, Comentarios a la ley de economía sostenible, libro coord. por Santiago A. Bello Paredes , La Ley, 2011, págs.119-163.
54. Este nuevo procedimiento no debe confundirse con la compra pre-comercial. La contratación pre-comercial fue expresamente excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual comunitaria (artículo 16 f) de la Directiva 2004/18/CE). La asociación para la innovación contiene un solo procedimiento dividido en dos fases principales. Por el contrario, el punto y final de la contratación pre-comercial en el diseño de los bienes o servicios reclamados por el órgano de contratación. Su producción o prestación se licitará en un procedimiento separado. Esta técnica es analizada en el Informe 2/2010, de 17 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón:características donde se advierte que estos contratos tienen ciertas singularidades: a) El interés público perseguido es la obtención de recursos y el fomento de la investigación. b) La regla general es la aleatoriedad del contrato, que no responde a una necesidad previa del ente público. c) El impulso e iniciativa del contrato procede de fuera de la Administración, por tanto no cabe promover concurrencia y la falta de ellos no compromete fines esencialmente administrativos. Como ha advertido A. LÓPEZ MIÑO, que analiza de forma excelente las diferentes formas de compra innovadora, la falta de un marco jurídico europeo sobre compra pre-comercial acrecienta las posibilidades de imputación de ayudas públicas incompatibles, aprovechando el carácter variable y evanescente de los diferentes protocolos que la desarrollan caso a caso en los diferentes Estados miembros, de ahí que haya que extremar el cuidado en la elección de esta modalidad contractual “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) Contratación pública estratégica, Aranzadi, 2013, págs. 213-248.
55. Al respecto es interesante la descripción que se realiza en el trabajo ya citado de A. LÓPEZ MIÑO, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública” en J. PERNAS GARCÍA (Dir.) , ob.cit., págs. 229-237.
56. Con fecha 20 de noviembre de 2013 se ha publicado una nueva Norma UNE-EN 16271:2013 Gestión del Valor. Expresión funcional de necesidades y pliego de especificaciones funcionales. Requisitos para la expresión y validación de las necesidades a satisfacer por un producto en el proceso de adquisición u obtención del mismo. Esta Norma es la versión oficial en español de la Norma Europea EN 16271:2012, y ha sido elaborada por el comité técnico AEN/CTN 144 Gestión del Valor. Análisis del Valor. Análisis Funcional, cuya Secretaría desempeña IAT. El PEF es compatible con las normas aplicables a contratos públicos y aporta gran valor en los mecanismos de Compra Pública Innovadora (CPI), actuación administrativa de fomento de la innovación orientada a potenciar el desarrollo de nuevos mercados innovadores desde el lado de la demanda, a través del instrumento de la contratación pública, en la medida en que en las licitaciones deben expresarse las necesidades requeridas en términos funcionales.
57. Como recuerda la STJUE de 14 de febrero de 2008, VAREC, el órgano que conozca este recurso debe garantizar adecuadamente la confidencialidad de las propuestas de los licitadores y el secreto de dicha información.
58. En extensión, me remito a mi trabajo “La necesidad de un Código de Contratos Públicos en España. La contratación pública y las PYMES como estrategia de reactivación de la economía”, en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Ob. Cit., págs. 59-84.
59. En extenso me remito a mi trabajo “La necesidad de un código de contratos públicos en España. La contratación Pública y las PYMES como estrategia de reactivación económica”, en libro Observatorio de los Contratos Públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 59 a 84.
60. Vid. mi trabajo 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, Cizur Menor, 2010, págs. 360 a 363. También J.A. MORENO MOLINA defiende una nueva regulación más eficiente que favorezca el acceso de las PYMES a los mercados públicos, “El nuevo TRLCSP”, núm 115 Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley, 2012, pág. 19.
61. El texto de la Small Business Act puede consultarse desde la página web <http://www.sba.gov/regulations/sbaact/sbaact.pdf> de la Small Business Administration. Una agencia federal creada en 1953 para ayudar, aconsejar, asistir y proteger los intereses de los pequeños empresarios (-en español— <http://www.sba.gov/espanol/>).

62. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 29 de mayo de 2008 sobre el tema «Contratos públicos internacionales» (2008/C 224/06).
63. COM(2008) 394 final. La denominación simbólica de «Act» de esta iniciativa subraya la voluntad política de reconocer el papel central de las PYMEs en la economía de la UE y de articular por primera vez un marco político completo para la UE y sus Estados miembros.
64. El DOUE de 22 de diciembre de 2011, publica el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Revisión de la "Small Business Act" (SBA) para Europa» COM(2011) 78 final (2011/C376/09). El Comité afirma en dicho dictamen, en materia de contratación pública:
- “3.3 Acceso a los mercados
- 3.3.1 La SBA reconoce la necesidad de facilitar el acceso de las PYME a la contratación pública. Para fomentar su participación en la contratación pública, no sólo se deben simplificar los procedimientos, sino también crear políticas favorables a las PYME en los Estados miembros, algo que por el momento sólo ocurre en algunos de ellos.
- 3.3.2 El CESE considera urgente aplicar plenamente el «Código Europeo de Buenas Prácticas» ( 3 ) en la contratación pública; exhorta a la Comisión y a los Estados miembros a adoptar políticas favorables para facilitar un acceso más eficaz de las PYME y las microempresas a los contratos públicos
65. SEC (2008) 2193. Este documento tiene por objetivos: 1) proporcionar a los Estados miembros y a sus poderes adjudicadores orientaciones sobre cómo pueden aplicar el marco jurídico comunitario de manera que facilite la participación de las PYMEs en los procedimientos de adjudicación de contratos, y 2) destacar las normas y prácticas nacionales que potencian el acceso de las PYMEs a los contratos públicos.
66. Para más información puede consultarse la página web: [http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public\\_procurement.htm](http://ec.europa.eu/enterprise/entrepreneurship/public_procurement.htm)
67. Así lo he defendido en mi trabajo “La necesidad...”, ob. Cit., págs. 64-65.
68. La propia Dirección General del Servicio Jurídico del Estado avaló tal posibilidad en su Informe de 28 de julio de 2006 al razonar que “...el establecimiento de varios lotes y la posibilidad de adjudicar cada uno de ellos a contratistas distintos permite a la Administración contar con una mayor garantía de cumplimiento, pues si alguno de los contratistas no puede cumplir con la entrega del lote o lotes adjudicados, la circunstancia de que el resto de lotes hayan sido adjudicados a empresarios distintos evita que la Administración quede completamente desabastecida. De ahí que resulte lógico entender que lo que establece el artículo 67.5.a) del RGCAP es una facultad de la Administración de decidir si se admite la licitación de uno, varios, o todos los lotes, pues, según las concretas circunstancias de cada contrato, puede interesar a la Administración diversificar, mediante un reparto por lotes, el número de suministradores contratados...”
69. De esta manera, podrían acceder a la licitación PYMEs especializadas en cada categoría de productos que, cuando se licitan lotes, no pueden licitar por no disponer de la totalidad de los productos o artículos que integran cada lote.
70. J. DOMÍNGUEZ-MACAYA, “La iecontratación...”, ob. Cit., , págs. 52-54.
71. A modo de ejemplo el Registro Electrónico de Empresas Licitadoras, regulado por Decreto 107/2005, de 31 de mayo, de Cataluña, ofrece un Registro en formato electrónico, voluntario y gratuito que es único para todo el sector público de Cataluña y que colabora con otros registros de licitadores y que pone a disposición de todos los órganos de contratación un completo “dossier electrónico” de la empresa —con solvencia completa— que es accesible de manera segura y permanente.
72. La lógica de la colaboración administrativa impone esta solución. Solo así se evitan duplicidades y costes administrativos innecesarios superando una visión centralista de la función de los Registros. En esta posición, de carácter general, resulta de interés el trabajo de GONZÁLEZ BUSTOS “La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la Directiva Bolkestein”, en libro col. Dirigido por R. Rivero, Mercado Europeo y reformas administrativas. La trasposición de la Directiva servicios en España, Civitas, Cizur menor, 2009, pág 219
73. Vid. GIMENO FELIÚ, 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, ob.cit, págs. 361-362.
74. Me remito a mi monografía 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, ob. cit. , págs. 297-313.
75. Sobre la necesidad de un sistema de control como elemento para evitar prácticas corruptas me remito a mi trabajo La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, REDA núm. 147, 2010, págs 517-535. También. T MEDINA ARNÁIZ, “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública”, Diario La Ley, Nº 7382, Sección Doctrina, 16 Abril 2010. Transparencia Internacional afirma que “La corrupción en la contratación pública es reconocida actualmente como el factor principal de desperdicio e ineficiencia en el manejo de los recursos en la región. Se estima que, en promedio, el 10% del gasto en contrataciones públicas se desperdicia en corrupción y soborno. Frente a esta problemática, el combate de la corrupción en la contratación pública se vuelve una condición básica para propiciar la adecuada satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, así como para promover la ética pública y la responsabilidad empresarial.
76. Vid. La Integridad en la Contratación Pública. Buenas prácticas de la A a la Z, INAP, Madrid, 2010.
77. Los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. Por tanto, deben instaurarse mecanismos eficaces para prevenir, detectar y solucionar los conflictos de intereses.
78. Resulta de especial interés la opinión de P. VALCÁRCEL “Acuerdos colusorios entre licitadores: un problema sin resolver en la normativa de contratación pública española” publicada en [www.obcp.es](http://www.obcp.es) (11 de marzo de 2013), <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.92/reلمenu.3/chk.ce79f7126b46baf20017646abf71e3f>. Las consultas del mercado son un instrumento que resulta útil a los poderes adjudicadores para obtener información sobre la estructura y la capacidad de un mercado, al mismo tiempo que informa a los agentes del mercado sobre los proyectos y los requisitos de contratación de los compradores públicos. Sin embargo, los contactos preliminares con los participantes del mercado no deben dar lugar a ventajas desleales y falseamientos de la competencia. Por lo tanto, la propuesta contiene una disposición específica de protección contra el trato de favor injustificado a participantes que hayan asesorado al poder adjudicador o hayan participado en la preparación del procedimiento.
79. Sobre esta cuestión resulta de interés el Informe 15/2012, de 19 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre “Confidencialidad de las proposiciones de los licitadores. Vid. el trabajo de A. I. GÓMEZ, “El derecho de acceso a un expediente de contratación y la confidencialidad de las propuestas”, en núm. Extraordinario Revista Estudios Locales núm. 161, 2013, págs. 287-308 y M. RAZQUIN LIZARRAGA, La confidencialidad de los datos empresariales en poder de las Administraciones Públicas (Unión Europea y España), Iustel, 2013.

80. Especial interés tiene la monografía de S. DÍEZ, La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos, Marcial Pons, 2012, que analiza con detalle el régimen comunitario y su transposición en España.
81. Me remito a mis trabajos, “El derecho a tutela judicial efectiva mediante recursos rápidos y eficaces: el modelo de los contratos públicos”, en Libro Derecho Fundamentales y Otros estudios, Libro Homenaje al prof. Lorenzo Martín Retortillo Zaragoza, Ed. Justicia de Aragón, 2008, págs. 1473-1498 y El nuevo sistema de recursos en materia de contratación”, libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2010, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 211-258.
82. Así lo ha entendido el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre, del TACPA, donde se afirma, ante un supuesto de formalización incumpliendo el periodo de espera que “En el diseño inicial de la «Directiva Recursos» de 1989 se estableció que los efectos de la declaración de invalidez de la adjudicación se determinarían con arreglo al Derecho nacional. Era, por tanto, este derecho el que determinaba la sanción que anudaba a la declaración de invalidez de los actos precontractuales (artículo 1.6), que, en consecuencia, podía ser bien la conservación del contrato, bien la declaración de ineficacia de los contratos celebrados con vulneración del Derecho europeo, como ha sido la solución tradicional en nuestro ordenamiento. Es decir, la Directiva permitía la declaración de invalidez de un contrato aun en impugnación de un acto de adjudicación. Sin embargo, las prácticas nacionales eludían el efecto del recurso, permitiendo que un contrato nulo pudiera continuar desplegando efectos, lo que fue considerado ilegal en la STJUE de 3 de abril de 2008, por la que se condenaba al Reino de España por este motivo.

El objetivo explicitado por la vigente Directiva 2007/66/CE es reforzar los mecanismos de recurso, para matizar la regla tradicional de indiferencia del Derecho europeo en relación con la suerte que habría de correr el contrato adjudicado con vulneración de las normas europeas sobre contratación pública. La actual Directiva de recursos pretende incorporar una sanción efectiva, proporcionada y disuasoria que funcione como mecanismo de cierre del sistema y que garantice el cumplimiento de todo el sistema de garantías de las normas sustantivas sobre contratación (de hecho, en la propuesta original de la Comisión la ineficacia era una posibilidad sólo en la circunstancia de que el periodo de suspensión no se observase por parte de la entidad contratante). De esta forma, el Derecho de la Unión Europea obliga ahora a los Estados miembros a sancionar con «ineficacia» lo que la norma considera violaciones más groseras del Derecho de la Unión europea. Estos supuestos de especial gravedad son dos: las llamadas adjudicaciones directas —es decir, las adjudicaciones de contratos sin publicación previa de un anuncio de licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea, siempre que ello sea preciso— y los casos en los que, además de haberse producido una infracción de una norma sustantiva que hubiese impedido al recurrente obtener la adjudicación a su favor, no se respete el periodo de suspensión previo a la formalización del contrato, o la suspensión automática de la adjudicación en los supuestos de interposición del recurso, establecidos en nuestro ordenamiento en los artículos 40.3 y 45 TRLCSP, respectivamente.

Es cierto que el recurso especial se limita a los actos de preparación y adjudicación. Sin embargo, para garantizar el efecto útil del recurso, y atendiendo a los principios de favor actionis y de economía procedimental, conviene acumular a este recurso la acción de nulidad —que no la cuestión de nulidad— derivada de nuestra resolución, tal y como aparece en el petitorio de la UTE recurrente. Opción compatible con una tradición jurídica como la española, en la que se ha admitido con naturalidad que la invalidez de la adjudicación se transmite con lógica consecuencia al contrato, se haya perfeccionado o no.

Procede, en definitiva, una interpretación integradora del sistema de control por el Tribunal Administrativo de los distintos incidentes del contrato impugnado, con el fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva que deriva del artículo 24 CE y la eficacia del sistema de control administrativo diseñado por el TRLCSP (con fundamento en la Directiva 2007/66).

En definitiva, procede la tramitación del recurso especial. Y siendo ilegal la adjudicación, que debe recaer a favor de la UTE recurrente, al ser el operador económico que realiza la oferta económicamente más ventajosa no incura en anormalmente baja, debe declararse igualmente, y de forma simultánea, la nulidad del contrato del IASS con la empresa ARALIA por infracción del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, al ser un acto que no ha respetado el procedimiento debido. Así se deriva por lo demás de la doctrina del TJUE en la Sentencia de 3 de abril de 2008, de condena al Reino de España, que considera contrario al derecho de la Unión que un contrato anulado continúe produciendo efectos jurídicos. En consecuencia, de conformidad con el artículo 35 TRLCSP, el contrato indebidamente perfeccionado debe entrar en fase de liquidación, debiendo restituirse a las partes de forma recíproca las cosas que hubieran recibido en virtud del mismo”.

83. Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
84. Ver GIMENO FELIÚ, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, núm 147, págs. 518 y ss.
85. Vid. mi trabajo “La modificación de los contratos: límites y derecho aplicable”, en libro colectivo coordinado por T. Cano y E. Bilbao La contratación pública: problemas actuales, Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, págs. 83-142. Un resumen general de la doctrina del TJUE y su impacto práctico puede verse en los trabajos de I. GALLEGO CÓRCOLES, “Modificación de contratos públicos y legislación aplicable. Algunas consideraciones desde el Derecho de la Unión Europea”, Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 109, 2011, págs. 52 a 58 y “¿Qué es una modificación de las condiciones esenciales de un contrato público? Revista Contratación Administrativa Práctica núm. 110, 2011, págs. 56 a 66. También en J.M. GIMENO FELIÚ, “El régimen de la modificación de contratos públicos: regulación actual y perspectivas de cambio”, Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 149, 2011; M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “El nuevo régimen jurídico de la modificación de los contratos públicos”, libro col. El nuevo marco de la contratación pública, Bosch, Barcelona, 2012; J. VÁZQUEZ MATILLA “Nuevo régimen jurídico para las modificaciones de los contratos públicos: Proyecto de Ley de Economía Sostenible”, Revista Aragonesa Administración Pública núm. 37, 2010, págs. 317-351, T. MEDINA ARNÁIZ, “Las principales novedades en la normativa contractual del sector público”, en libro col. Comentarios a la Ley de Economía Sostenible, La Ley, Madrid, 2011, págs. 153 y ss; J. COLAS TENAS, “La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible: el régimen de modificación de los contratos del sector público”, REDA núm. 153, 2012 y P. CALVO RUATA, “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, Fundación Sainz de Varanda, Zaragoza, 2012 .
86. Los antecedentes de esta Sentencia vienen referidos a un contrato licitado por la Comisión Europea para el suministro de zumo de frutas y confituras destinadas a las poblaciones de Armenia y de Azerbaidján, con el objeto de poder responder a las peticiones de zumo de frutas y confituras de los países beneficiarios, y preveía asimismo, que el pago al adjudicatario se realizaría en especie, y más concretamente, en frutas que estaban fuera del mercado como consecuencia de operaciones de retirada, adjudicó varios lotes a la mercantil Trento Frutta. El motivo del recurso interpuesto por la mercantil Succhi di Frutta fue la modificación del aludido contrato, que permitió a las empresas adjudicatarias que lo desearan, aceptar en pago, en sustitución de las manzanas y las naranjas, otros productos (en concreto nectarinas) retirados del mercado en las proporciones de equivalencia que señaló ex novo. A la vista de todo lo anterior, Succhi di Frutta, no resultó adjudicataria, ni recurrió la adjudicación del contrato, interpuso un recurso de anulación de la Decisión de la Comisión que modificaba el contrato. La STPI (Sala Segunda) de 14 de octubre de 1999 (asuntos acumulados T-191/96 y T-10), CAS Succhi di Frutta SpA/Comisión, estimó el recurso de Succhi di Frutta Spa, manteniendo que se había producido una vulneración de los principios arriba aludidos, por lo que la Comisión interpuso el 5 de diciembre de 2006 recurso de casación frente a la STPI. El

- TJUE admitió la legitimación de Succhi di Frutta y estimó su recurso. Sobre el contenido de esta relevante Sentencia del TJUE resulta de interés el trabajo de J. VÁZQUEZ MATILLA, “La modificación de los contratos administrativos: reflexiones en torno a la STJUE de 24 de abril de 2004 y la Ley de Contratos del Sector Público”, ob. cit., en especial págs. 536 a 544.
87. Ha desaparecido la previsión que se contenía en el proyecto de que nunca será posible una modificación cuando la modificación tenga por objeto subsanar deficiencias en la ejecución del contrato por el contratista o sus consecuencias, que puedan solucionarse mediante la aplicación de las obligaciones contractuales; o cuando la modificación tenga por objeto compensar riesgos de aumento de precios que hayan sido cubiertos por el contratista (artículo 72.7).
  88. Debe, en definitiva, concurrir una causa razonablemente imprevisible al tiempo de preparación del proyecto o de presentación de ofertas. Vid. E. MUÑOZ LÓPEZ, en libro colectivo *Contratación del sector público local*, ob. Cit., pág. 1035.
  89. MEILÁN GIL, J.L., *La estructura de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 245. Así, una ampliación del objeto del contrato, aun en el supuesto de que pueda integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección, constituirá, en muchos casos, una modificación de una condición esencial para la adjudicación general de la facultad de modificar el contrato y de las normas procedimentales para efectuar modificaciones.
  90. Los considerandos 34 a 37 de la propuesta de Directiva introduciendo interesantes elementos explicativos (por ejemplo, precisión del concepto “circunstancias imprevistas”) que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar dichas reglas. Vid. X. LAZO VITORIA, “La propuesta de Directiva de concesiones: rasgos fundamentales”, publicado en [www.obp.es](http://www.obp.es), 23 de marzo de 2013.
  91. Vid. E. LÓPEZ MORA, “La futura regulación de la modificación los contratos de concesión durante su vigencia”, publicado en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), 28 de enero de 2013. En su opinión, se debe criticar el hecho de no haber sabido aprovechar la oportunidad para particularizar el límite cuantitativo de las modificaciones en función del contrato o concesión en proporción a la magnitud y duración del contrato en cuestión.
  92. Así se prevé en el artículo 19.2 de la ley 4/2011, de 31 de marzo de 2011, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears y en el artículo 10.3 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega. También la Ley 3/2011, de Contratos del Sector Público de Aragón, que ex artículo 12 bis exige la publicación de todo modificado —independientemente de su importe— y su modificación a los licitadores. Resulta de interés el Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales en aplicación del artículo 12 bis de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón. Vid. M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución de los contratos públicos”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2010*, ob. Cit., págs. 203-210.
  93. Contrario a la posibilidad de recurso especial se posiciona P. CALVO RUATA, al considerar que contrario al recurso especial: “lo que es ejecución de los mismos, y el recurso especial esta concebido para depurar los actos contrarios al ordenamiento jurídico en fase de preparación y adjudicación. Pero además, porque la concreción de la modificación cuando esté prevista, al ser consecuencia directa del pliego conlleva que si este no fue impugnado en su momento mediante ese especial recurso, no quepa a posteriori”. “La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud?”, ob. Cit., pág. 407.
  94. Como bien explica M.A. BERNAL BLAY, dicha «aclaración» no se encontraba en el Proyecto de Ley de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, sino que fue introducida en el texto al ser aprobada la enmienda nº 31, planteada en el Congreso por el Grupo Parlamentario Socialista. Resulta sorprendente, cuando menos, la justificación ofrecida para ello. “El control sobre la modificación de los contratos públicos”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), 1 de septiembre de 2011.
  95. Esta guía se encuentra disponible en la web del Tribunal de Aragón: [http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal\\_admvo\\_contratos/Guia\\_procedimiento\\_recurso\\_especial\\_TRLCSP.pdf](http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/OrganosConsultivos/JuntaConsultivaContratacionAdministrativa/Areas/Tribunal_admvo_contratos/Guia_procedimiento_recurso_especial_TRLCSP.pdf)
  96. Vid. A. I. BELTRÁN GÓMEZ, “La transparencia en la modificación de los contratos públicos”, en [www.obcp.es](http://www.obcp.es), 8 de octubre de 2012.
  97. El Informe 12/2012, de 23 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre el régimen de publicidad, notificación y formalización de los modificados contractuales, analiza el significado de este nuevo precepto y su fundamento en la jurisprudencia del TJUE, concluyendo que «l. Contra los actos de modificación procederá potestativamente recurso especial ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón cuando se trate de modificaciones previstas en contratos de valor estimado superior a 1 000 000 € para los contratos de obras, y de 100 000 € para los contratos de suministros y servicios, o recurso contencioso—administrativo (artículo 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa). En el caso de modificaciones no previstas se aplicará el régimen ordinario de recursos».
  98. La posibilidad de recurso especial en un modificado podrá ser utilizada únicamente por los licitadores no adjudicatarios que consideren que ese acto de modificación, por carecer de los elementos que lo fundamentan, oculta en sí mismo un nuevo acto de adjudicación, y no una mera decisión de ejecución contractual. Opción que se justificaría en el dato de que no hay libertad para el «ius variandi» en la medida en que está en juego la necesidad de que el objeto de la contratación-prestación sea reconocible y no altere las iniciales reglas de comparación de ofertas y, por ello, el principio de igualdad de trato. En consecuencia, el adjudicatario, por su propia condición, no podrá utilizar este recurso especial, pues para él la decisión de «ius variandi» de la Administración es inherente a las propias reglas del contrato suscrito. Así lo ha declarado el Acuerdo 3/2013, de 16 de enero de 2013 del TACPA: “Lo que alega el recurrente es una alteración de las condiciones de «su contrato», cuestión claramente ajena al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación sino, insistimos, una controversia «inter partes» sobre la ejecución del contrato, que tiene sus propios mecanismos de resolución, que se concretan en una tramitación especial con intervención del Consejo Consultivo de Aragón (artículo 211.3 TRLCSP) y que concluye con una resolución inmediatamente ejecutiva, que podrá ser impugnada conforme al sistema ordinario de recursos. Por ello, no tiene ningún sentido extender, como pretende el recurrente, el recurso especial de contratación a esta fase de ejecución y la concreción de la potestad de «ius variandi»”.
  99. Vid. las oportunas reflexiones al respecto de I. GALLEGO CÓRCOLES «Novedades en la regulación del recurso especial en materia de contratación: la discutible exclusión de las modificaciones contractuales ex lege de su ámbito de aplicación», en *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, Ed. La Ley, nº 113 (2011), También. M.A. BERNAL BLAY, “Reflexiones sobre el régimen de ejecución...”, ob. Cit., págs. 203-208.
  100. Como bien ha recordado J.A. MORENO MOLINA, el concepto de decisión a efectos de recurso que se contempla en las Directivas es un concepto amplio que no distingue entre la función de su contenido o el momento de su adopción (La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos, La Ley, Madrid, 2011, 101.) Hay que estar a una interpretación útil de los principios comunitarios y su implicación en cualquier decisión que tenga impacto sobre las reglas del contrato.
  101. Frente a la falta de conocimiento del modificado, que avoca ya en muchos casos a una cuestión de nulidad ex artículo 37 TRLCSP, la publicidad del mismo puede facilitar la interposición del recurso especial siempre que no se haya formalizado el contrato. De la finalidad del recurso para hacer frente a la corrupción basta recordar ahora la Comunicación de la Comisión de 28 de mayo de 2003, una política

- global de la UE contra la corrupción, COM (2003) 317 final (Esta Comunicación hace balance de los progresos de la Unión Europea (UE) en la lucha contra la corrupción e indica las mejoras necesarias para darle un nuevo impulso. El objetivo es reducir toda clase de corrupción, a todos los niveles, en todos los países e instituciones de la UE e incluso en otras partes. El texto también pretende definir aquellos ámbitos en los que la UE podría adoptar adecuadamente iniciativas contra la corrupción.)
102. J. COLAS TENAS, "La reforma de la legislación de contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible", REDA núm. 153, 2012, págs. 253-276.
103. Resultan de interés los considerandos 5, 31 y 34.
104. En la bibliografía más reciente puede consultarse: F. SOSA WAGNER, El empleo de recursos propios por las Administraciones locales", en libro Homenaje al prof. S. Martín-Retortillo, Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, 2013, págs. 1309-1341; M.A. BERNAL BLAY, "La problemática relativa a los negocios excluidos de la aplicación de la Ley: los encargos in house, con especial referencia al ámbito local", en libro colectivo La Ley de Contratos del Sector Público y su aplicación por las entidades locales, CEMCI, Granada, 2008, págs. 172-175, J. PERNAS GARCÍA, Las operaciones in house y el derecho comunitario de contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008 y M. VILALTA REIXACH, Las encomiendas de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, en especial págs. 313-376.
105. Entre otras, las Sentencias Stadt Halle, apartado 46, y Parking Brixen, apartados 63 y 65. Vid. J.A. MORENO MOLINA, "El ámbito de aplicación de la Ley De Contratos del Sector Público", Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), pág. 76 y M. PILLADO QUINTÁNS, "TRAGSA: Un caso irresuelto convertido en modelo legal de los encargos de las Administraciones a sus medios instrumentales", Documentación Administrativa, núm. 274-275, 2006 (publicación efectiva 2008), pág. 291. J. L. Meilán Gil ya advirtió, con acierto, que la interpretación de las notas que justifican la excepción a la normativa sobre contratos públicos ha de ser restrictiva por el carácter excepcional que tiene el supuesto, con el objeto, por tanto, de evitar vulneraciones del Derecho comunitario de contratos públicos, La estructura de los contratos públicos, Iustel, Madrid, 2008, pág. 116. También BERBEROFF AYUDA, D., "Contratación pública...", ob. Cit., págs. 56 a 58.
106. Sobre esta cuestión, resultan de interés el Informe de la Comisión Nacional de la Competencia "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", de julio de 2013 y el Informe nº 1003 del Tribunal de Cuentas sobre encomiendas de gestión y el "Acuerdo del Consejo de Ministros de 6 de junio de 2008, por el que se dan instrucciones para la atribución de la condición de medio propio y servicio técnico a sociedades mercantiles estatales cuyo capital corresponde en su integridad a la Administración General del Estado o a la SEPI y a fundaciones constituidas con aportación íntegra de esta entidad.
107. Afirmación desarrollada por la STJUE de 21 de julio de 2005 (Padania Acque) al afirmar que "el criterio del control análogo no se colma cuando el poder público adjudicador no posee más que el 0.97% del capital de la sociedad adjudicataria", pero de la que se separa la STJUE de 19 de abril de 2007 (ASEMFO). Me remito, por todos, a M.A. Bernal Blay, "Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)", REDA núm. 137, 2008, págs. 115-138. También Julio GONZÁLEZ GARCÍA, "Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación", RAP núm. 173, 2007, págs. 217-237.
108. Como destaca este autor el control análogo nada tiene que ver con la facultad de conferir singularmente encomiendas de gestión, puesto que el encargo singular no determina per se la existencia de un poder de influencia sobre las decisiones estratégicas del medio propio.
109. Sentencia de 13 de noviembre de 2008, As C-324/07, Coditel, apdo. 46.
110. Resulta muy interesante la apreciación del Abogado General Sr. P. Cruz Villalón en el apartado 48 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012. Allí indica «...que las entidades adjudicadoras ejercerán un control análogo sobre la sociedad adjudicataria siempre que dispongan de una posición estatutaria que les permita influir conjuntamente en la adopción de las decisiones importantes y los objetivos estratégicos de dicha sociedad. En todo caso, ésta no puede estar exclusivamente controlada por la entidad pública que tiene una participación mayoritaria».
111. En ese mismo sentido se pronunciaba el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en los apartados 52 a 54 y de una manera concluyente en el apartado 60 de sus Conclusiones presentadas el 19 de julio de 2012:«... 52. En el presente caso se da, por tanto, y más allá del carácter simbólico de su participación en el capital, una cierta participación de los socios minoritarios en los órganos de gestión de la sociedad. Hay que convenir, sin embargo, en que la designación de un miembro del Consejo de administración de común acuerdo por todos los socios minoritarios (36 ayuntamientos en total), además de un miembro del Consejo de auditores también común a todos ellos, y la existencia de un abstracto «derecho de consulta» de frecuencia semestral podría no ser suficiente para apreciar que los citados ayuntamientos tienen capacidad de influir de forma efectiva sobre los «objetivos estratégicos» y las «decisiones importantes» de la sociedad ASPEM.
53. Por otro lado, no sería aventurado apreciar que la eficacia jurídica del pacto de accionistas donde se ha articulado esa participación puede resultar discutible, y que el referido «derecho de consulta» respecto del «desarrollo del servicio» no garantiza que se extienda a las «decisiones importantes» y a los «objetivos estratégicos» de la sociedad considerada en su conjunto.
54. A primera vista, por tanto, y salvo apreciación definitiva en contrario por el órgano de reenvío, la dependencia de la sociedad parece operar ante todo respecto al accionista mayoritario, con un papel muy problemático respecto de los socios minoritarios en el control de facto de aquella.
- ...
60. En suma, a estas alturas debiera haber quedado claro que el problema básico no es que la participación de los Ayuntamientos de Cagno y Solbiate en el capital de ASPEM sea tan patentemente minoritaria, sino que las facultades adicionales de control que se les han otorgado podrían ser, aun ejercidas de forma conjunta, claramente insuficientes para que pueda hablarse de una influencia que pudiera calificarse de «determinante» en la toma de decisiones y en la fijación de objetivos de la sociedad y, en definitiva, de una falta de autonomía de ésta respecto de aquéllos...».
112. M.A. BERNAL BLAY, "El control análogo sobre los medios propios y su ejercicio colectivo por varias entidades", Revista Contratación administrativa práctica, núm. 124 2013, págs. 88-93.
113. Vid. Sentencia de 11 de mayo de 2006, Carbotermo, apdo. 70.
114. Los motivos que llevan al Tribunal a formular esta afirmación son dos; en primer lugar, que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (apartado 50). En segundo lugar, que la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores (apartado 51).

115. A lo sumo, en tanto no se falsee la competencia, podrá acudir y participar en la licitación como una empresa privada. Vid. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de técnicas de auto organización para la gestión de actuaciones administrativas”, RGDA, núm. 12, 2006, pág. 17.
116. Así lo ha advertido J.L. MEILÁN GIL, con el fin de evitar el incumplimiento del derecho comunitario de los contratos públicos. La estructura de los contratos públicos, Lustel, Madrid, 2008, pág. 116. Denunciaba ya como contraria al derecho comunitario esta práctica E. CARBONELL PORRAS. “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles...”, ob. Cit., 393-394.
117. En esta idea insiste la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 10/2011, de 6 de abril, afirmando que “El encargo a un medio propio deberá sustanciarse mediante órdenes, instrucciones o protocolos, sin que proceda utilizar la figura del convenio, tal y como se recoge en el Informe de esta Junta 1/2007”.
118. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, mediante Informe 21/08, de 28 de julio de 2008. «Imposibilidad de formar convenios de colaboración entre una Corporación y una empresa para la ejecución de una obra», ha declarado que TRAGSA no puede ser considerado medio propio de una Entidad Local al no cumplir los requisitos exigidos por el artículo 4 n) y 24 LCSP ni la DA 30 LCSP. La cuestión referida a la consideración de medio propio de los órganos de las Administraciones públicas respecto de la mercantil TRAGSA ha sido objeto del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 19 de abril de 2007, en el asunto C-295/05, que declara, después de analizar si se cumplen las dos condiciones exigidas a tal fin en la sentencia Teckal del mismo Tribunal (de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-107/98, apartado 50), a saber que la autoridad pública que es poder adjudicador ejerce sobre la persona, que es distinta de que se trate, un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y que tal persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que la controlan. En la sentencia el Tribunal de Justicia declara la condición de medios propios de TRAGSA respecto de aquellas Administraciones que son titulares de su capital al considerar que respecto de las mismas se cumplen los requisitos. Sin embargo, no puede decirse lo mismo respecto del Ayuntamiento de Ribeira, ya que al no ser titular de su capital ni disponer de ninguna acción de control sobre la actividad de TRAGSA no se cumple la primera condición, y tampoco se cumple la segunda, toda vez que TRAGSA no realiza la parte esencial de su actividad para la Corporación.
- Asimismo advierte que la figura del convenio, objeto de nueva regulación en la LCSP, no posibilita la relación con TRAGSA mediante esta técnica. Y es que TRAGSA no es un organismo integrado en una Administración pública sino que, como señala su norma de creación, es una sociedad mercantil de carácter público, carácter que la excluye de toda posibilidad de poder celebrar tal tipo de convenio. Resulta de especial interés el reciente Informe de la Comisión Nacional de la Competencia “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia (julio 2013)”. El informe analiza las restricciones a la competencia derivadas de las encomiendas de gestión a los medios propios, tanto aquellas inherentes a la propia utilización de la figura como aquellas otras que pueden aparecer adicionalmente. También explica los efectos sobre el aprovisionamiento público y, desde un punto de vista más general, sobre los mercados en que las Administraciones actúan como demandantes que se pueden derivar de una utilización extensiva e injustificada de las encomiendas. Finalmente, analiza las posibles justificaciones que pueden subyacer a la creación de medios propios y al propio uso de las encomiendas.
- El Informe incluye una serie recomendaciones que incluyen, en particular, propuestas de cambios regulatorios, en especial de la normativa de contratación pública. Además, se recomiendan diversas buenas prácticas administrativas dirigidas a todas las Administraciones Públicas, encaminadas a reforzar con medidas concretas la justificación previa al recurso a la encomienda de gestión y a introducir, de manera específica, mayor transparencia y publicidad en relación con su utilización.
119. En su Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI), el Parlamento Europeo reitera su opinión de que la cooperación entre municipios no está sujeta a la normativa de contratación pública si cumplen los criterios siguientes (apdo. 9 in fine): a) si se trata de la prestación de un servicio público que incumbe a las entidades locales interesadas, b) si el servicio lo prestan exclusivamente los organismos públicos interesados, sin participación de empresas privadas, y c) si la actividad de que se trate se presta esencialmente para las autoridades públicas participantes.
120. La Sentencia se refiere a un acuerdo de cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia (Rotenburg (Wümme), Harburg, Soltau-Fallingb. y Stade) y los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo, para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica de Rugenberger Damm, construida a instancias de la ciudad de Hamburgo. En tal supuesto no se articuló la cooperación a través de una organización distinta de los Landkreise y la ciudad de Hamburgo, sino a través de un “contrato de colaboración” entre todas ellas. Sobre los requisitos que deben concurrir para que sea técnica organizativa y no contrato me remito a la comunicación de Miguel A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”. Organización Local. Nuevas Tendencias, Civitas, Cizur Menor, 2011, págs. 361-376.
121. M. A. BERNAL BLAY “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del Derecho de los contratos públicos”. Organización Local. Nuevas Tendencias, ob. Cit., págs. 366-367. El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final, pág. 24), ha manifestado que «podría ser útil explorar si tiene cabida un concepto con algunos criterios comunes para las formas de cooperación dentro del sector público que quedan exentas». Sobre el mismo, y las respuestas, me remito al Libro Observatorio Contratos Públicos 2010, ob.cit., págs. 475-479.
122. La cooperación no puede, bajo fórmulas de convenios interadministrativo ocultar contratos públicos. De especial interés es la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento. El Tribunal de Justicia responde recordando, en primer lugar, que un contrato oneroso y celebrado por escrito entre un operador económico y una entidad adjudicadora cuyo objeto sea la prestación de servicios contemplados en el anexo II A de dicha Directiva constituye un contrato público. Resulta irrelevante que dicho operador sea él mismo una entidad adjudicadora o que la entidad de que se trate no tenga, con carácter principal, ánimo de lucro, carezca de una estructura empresarial o no esté presente de modo continuado en el mercado. Así, por lo que se refiere a entidades como Universidades públicas el Tribunal de Justicia ha declarado que estas tienen, en principio, en un procedimiento de adjudicación de un contrato público de servicios. Sin embargo, los Estados miembros pueden regular las actividades de dichas entidades autorizando o no que operen en el mercado habida cuenta de sus objetivos institucionales y estatutarios. En consecuencia, en la medida en que tales entidades estén facultadas para ofrecer determinados servicios en el mercado, no puede prohibírseles que participen en una licitación sobre tales servicios.
123. Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación “Acta del Mercado Único — Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.
124. Por ejemplo, el Informe del Comité económico y social, publicado en el Diario oficial del día 26 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el Diario oficial el día 13 de septiembre de

- 2012 (C 277/74) ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las concesiones de servicios que “ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; ... insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior”. Como curiosidad un ejemplo de los problemas de traducción fue otro Informe del Parlamento europeo sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de “servicio de concurso” en lugar de concesiones de servicios públicos.
125. No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. Vid., por todos, J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
126. Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), págs. 137-174. En este trabajo advierte que mientras el legislador comunitario incluye en el “riesgo operacional sustancial” a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por reintuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfirieran al operador privado en virtud del contrato “no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar” y, por lo mismo, se subraya por X. LAZO la necesidad de flexibilizar el concepto de “riesgo operacional sustancial” contenido en la Directiva. Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación.
127. G. MARCOU, «La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos», VV.AA. RUÍZ OJEDA, A., y GOH, J., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos*: Francia, Reino Unido y España, Civitas, Madrid, 2000, págs. 27-90. También. T. BRUNETE, “Colaboración público-privada...”, ob. Cit., págs. 331-335. Desde la perspectiva de la contabilidad pública resulta de gran interés en libro de PINA V., TORRES L. y BASILIO ACERETE J., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Edit. AECA, Madrid, 2004.
128. A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho Comunitario, en las que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la «Directiva obras» prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son «contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador» [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un «contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.» Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.
129. Vid. J.M. GIMENO FELIÚ, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, pág. 17 y ss.; y M.M. RAZQUÍN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de justicia de la Unión europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en el *Liber amicorum* a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia, Thomson, Pamplona, 2012., pág. 3549 y ss. del II tomo. Para la correcta delimitación de estas figuras pueden verse los trabajos de M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. Observatorio de Contratos Públicos 2011, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pág. 450 y ss. Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdo 55/2013, del TACPA).
130. La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el Observatorio de contratos públicos 2011, libro col, Cizur Menor, 2012, pág. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA núm. 156, pág. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo Observatorio de los Contratos Públicos 2012, Aranzadi, 2013, págs. 197-239.
131. “Situación desalentadora” es como califica M.A. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia, El contrato de concesión de obras públicas... ob. Cit., cit., pág. 272.
132. ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Alcalá de Henares 1968.
133. Además, atendiendo al principio de equidad y buena fe —STS de 27 de octubre de 2009— bien pudiera afirmarse que los hechos imprevisibles que, aun actuando con la debida diligencia, alteran la regla natural del reparto de riesgos rompiendo la causa del contrato original. En este sentido, la STS de 14 de julio de 2010 ha admitido la técnica del equilibrio financiero cuando existe un desequilibrio financiero suficientemente importante y significativo que no puede ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura ínsita en toda contratación de obra pública.
134. Por supuesto no debe ser utilizada a favor de una gestión no adecuada de la concesionaria para retomar y recuperar los iniciales índices de retorno.
135. Este umbral, que ya se aplica a las concesiones de obras, se hace ahora extensivo a las concesiones de servicios, habida cuenta de las consultas públicas efectuadas y de los estudios realizados por la Comisión para la elaboración de la presente propuesta. Se pretende que la carga administrativa adicional, así como sus costes, guarden proporción con el valor del contrato y con su interés transfronterizo. Los umbrales se aplican al valor de los contratos, calculado con arreglo a una metodología expuesta en los mismos. En el caso de los

- servicios, este valor refleja el valor total estimado de todos los servicios que debe prestar el concesionario durante toda la ejecución de la concesión. En concreto, a estos efectos de valor estimado debe tenerse en cuenta la previsión del artículo 8.3 de la Directiva: El valor estimado de la concesión se calculará empleando un método especificado en los documentos relativos a la concesión. Para la estimación del valor de la concesión, los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras, en su caso, tendrán en cuenta, en particular:
- a) el valor de cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de la duración de la concesión; b) la renta procedente del pago de tasas y multas por los usuarios de las obras o servicios, distintas de las recaudadas en nombre del poder adjudicador o entidad adjudicadora; c) los pagos o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, al concesionario efectuados por el poder o la entidad adjudicadores o por otra autoridad pública, incluida la compensación por el cumplimiento de una obligación de servicio público y subvenciones a la inversión pública; d) el valor de los subsidios o ventajas financieras, cualquiera que sea su forma, procedentes de terceros a cambio de la ejecución de la concesión; e) la renta de la venta de cualquier activo que forme parte de la concesión; f) el valor de todos los suministros y servicios que los poderes o entidades adjudicadores pongan a disposición del concesionario, siempre que sean necesarios para la ejecución de las obras o la prestación de servicios; y g) las primas o pagos a los candidatos o licitadores
136. Las concesiones relativas a servicios sociales u otros servicios específicos recogidos en el anexo IV y que entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva se someterán únicamente a las obligaciones contempladas en el artículo 31, apartado 3, y en los artículos 32, 46 y 47.
  137. La propuesta de Directiva de contratos de concesión hacía referencia al “balance económico” (equilibrio económico); pero la previsión ha desaparecido del cuerpo legal. Lo mismo sucede respecto a los límites de la figura de la modificación, el apartado 7 del artículo 42 de la propuesta de Directiva de contratos de concesión, que disponía que los poderes y entidades adjudicadores no modificarán las concesiones para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario o compensar el riesgo de incremento de riesgos.
  138. La enmienda núm. 30 del Dictamen del Comité de Regiones (2012/C 277/09 DOUE C 277/74, de 13 de septiembre de 2012) fija en un diez el porcentaje de modificaciones admisibles al tener en cuenta que las concesiones suelen tener un periodo de vigencia más prolongado que los contratos públicos.
  139. El Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001. Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa. Vid. R. GARCÍA MACHO, Presentación del libro, Derecho administrativo de la información y administración transparente, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 8.
  140. Principio de publicidad (y competencia) que ya han sido recogidos en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa, (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica M. BASSOLS COMA en su estudio “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en libro col. Coordinado por B. Pendas, Derecho de los contratos públicos, Práxis, Madrid, 1995, págs. 25 a 25.
  141. Son datos, respectivamente, extraídos del documento de trabajo de la Comisión Europea Measurement of Indicators for the economic impact of public procurement policy. Public procurement indicators 2008, de 27 de abril de 2010, disponible en : [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2008\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf) y del documento Public Procurement Indicators 2009, Comisión Europea (DG Mercado Interior), 11 de noviembre de 2010, en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/docs/indicators2009\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2009_en.pdf). Conviene advertir que la importancia de los contratos públicos por estados miembros es muy variable: desde el 11,1% del PIB de Grecia, al 18,5% de España, pasando por el 19,3% de Francia o el 30,9% que significan en Holanda.
  142. Estudio de la OCDE La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z. Madrid: INAP, 2010, como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos, de 25 de junio de 2008— SEC(2008) 2193-). Vid. J. M. GIMENO FELIÚ, «La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública», Revista Española de Derecho Administrativo, 2010, núm. 147, págs. 517-535. Lo acaba de poner de manifiesto el Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE presentado por la Comisión (3 de febrero de 2014): <http://ec.europa.eu/anti-corruption-report>. Resultan de interés las reflexiones de J. VÁZQUEZ MATILLA, “La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública”, Observatorio de la Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.80/chk.7d9fb65e7d35bd7a933a591d1c145585>.
  143. Por todos, J. PONCE, Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad. Valladolid: Lex Nova, 2001; B. TOMÁS MALLÉN, El derecho fundamental a una buena administración. Madrid: INAP, 2005; J. RODRÍGUEZ ARANA, El Buen gobierno y la buena administración de las Instituciones Públicas, Madrid: Aranzadi, Cizur Menor, 2006; J.B. LORENZO DE MEMBIELA, «La buena administración como estrategia promotora de la excelencia gestora», Revista Aragonesa de Administración Pública, 2007, núm. 30, pág. 445 y ss; J. TORNOS MAS, «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al profesor doctor Lorenzo Martín-Retortillo. Volumen I. Zaragoza: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y otros, 2008, págs. 629-642 y J. CARRILLO DONAIRE, «Buena administración ¿un principio, un mandato, un derecho subjetivo?», Los principios jurídicos del derecho administrativo. Madrid: La Ley, 2010, págs. 1137-1165.
  144. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las Directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto y que con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son claves para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de «autocorrección» a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “Contratación pública y gestión de la hacienda pública”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.
  145. En esta línea de exigencia de publicidad adecuada: STJUE de 13 de abril de 2010, Asunto Landgericht Frankfurt am Main; STJUE de 9 de septiembre de 2010, Asunto Ernst Engelmann; STJUE de 3 de junio de 2010, Asunto Raad van State.
  146. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, «Socchi di Frutta», apartado 111.
  147. Como recuerda la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre, existe fraccionamiento, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa.

148. S. ARROWSMITH ha identificado certeramente los cuatro ejes esenciales: a) asegurar una publicidad adecuada de las licitaciones que garantice el conocimiento por los potenciales interesados de las posibilidades de contratación; b) garantizar que los poderes adjudicatadores ponen en conocimiento de los potenciales licitadores las reglas o criterios de adjudicación de los contratos; c) favorecer la consolidación de un sistema que limita en lo posible las facultades discrecionales de los órganos de contratación; d) facilitar que se pueda verificar que se han cumplido las reglas que han de observarse y, en su caso, poder garantizar su respecto a través de un sistema de recursos que tenga por finalidad hacer cumplir las normas observables. "The revised Agreement on Government Procurement: changes to the procedural rules and other transparency provisions", The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform; Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 286.
149. Modelo iniciado con Cataluña mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 17 de julio de 2007, y seguido en sentido similar por Galicia mediante Orden, de 4 de junio de 2010, por la que se regula la Plataforma de Contratos Públicos de Galicia (el artículo 10 de la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega avanzaba esta línea).
150. Las nuevas tecnologías pueden ayudar a dar respuesta a este problema, mediante la creación de un "google" de la contratación pública. Así, por ejemplo puede destacarse el caso británico que ha puesto en funcionamiento la web denominada "Contracts Finder" ([www.contractsfinderbusinesslink.gov.uk](http://www.contractsfinderbusinesslink.gov.uk)). Es la única plataforma del Gobierno para facilitar al sector de la contratación pública acceso a la información relacionada con la contratación pública. Sobre esta cuestión y su fundamento resulta de interés el trabajo de HENTY, PAUL; MANNING, CHRIS; "The public sector transparency Agenda", Public Procurement Law Review, núm. 1, 2011, NA45-NA50.
151. Se suscita una duda adicional. ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estas instrucciones que no provienen, a los efectos de este TRLCSP, de administraciones públicas y quién puede controlar su contenido? En el caso de entidades públicas empresariales bien podría defenderse que aquí su administración pública y su control correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa, pero no resulta tan fácil extender esta conclusión a empresas públicas, fundaciones o mutuas.
152. Como bien advierte S. DEL SAZ, hay diferencias esenciales de régimen jurídico en función de la forma jurídica de difícil justificación («La nueva Ley de Contratos del Sector Público ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?», Revista de Administración Pública, 2007, núm. 174, pág. 341). Igualmente crítico con esta deslegalización y sus consecuencias prácticas puede verse A. PEÑA OCHOA, «La contratación administrativa de los entes que no tienen la consideración de Administración Pública», libro col. Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público. Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, pág. 134.
153. Entendemos que debería existir una «ventanilla única de contratación» donde el licitador pudiera recibir información de todas las administraciones públicas y presentarse a las correspondientes licitaciones (posibilidad normativa que recoge la Ley navarra de contratos públicos 6/2006 o la reciente Plataforma de servicios de contratación pública de Cataluña, creada mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 17 de julio de 2007). Esta obligación deriva ahora del artículo 334 TRLCSP, tras la redacción dada por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible.
154. Vid. J.M GIMENO FELLIÚ, Las reformas legales de la Ley 30/2007, de contratos del sector público. Alcance y efectos prácticos. Madrid: Civitas, Cizur Menor, 2011, pág. 136-137.
155. Por todos, E. GUICHOT, «El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública», Revista de Administración Pública, 2003, núm. 160, págs. 283-316; Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado, Sevilla: Derecho Global, 2010. Interesa destacar el informe elaborado por la Oficina Antifraude de Cataluña Derecho de acceso a la información pública y transparencia, que se puede consultar en su web.
156. Por todos me remito al Informe especial sobre transparencia y buen gobierno en la comunidad, del Justicia de Aragón, de 1 de octubre de 2013, que aporta medidas en varios sectores, incluidos la contratación pública (se puede consultar en [http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/\\_n005986\\_Infome%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf](http://www.eljusticiadearagon.com/gestor/ficheros/_n005986_Infome%20Especial%20sobre%20Transparencia%20y%20Buen%20Gobierno.pdf)).
157. Opinión expresada también por A. SANMARTÍN MORA, en su sugerente trabajo "La transparencia en la contratación pública, nuevas perspectivas", Revista Contratación Administrativa Práctica, núm. 129, 2014, págs. 36 a 42.
158. Esta redacción tiene su origen en la enmienda que desde el Observatorio de Contratos Públicos ([www.obcp.es](http://www.obcp.es)) se presentó al primer texto y el trámite de audiencia que facilitó el Gobierno: [http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos\\_1\\_2012\\_ParticipacionLeytransparencia\\_f0858b32%232E%23pdf/chk.2685d8dd69351509bf5b979770c626bc](http://www.obcp.es/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_1_2012_ParticipacionLeytransparencia_f0858b32%232E%23pdf/chk.2685d8dd69351509bf5b979770c626bc).
159. No es posible una interpretación extensiva de la figura del convenio entendida como elemento propio en todo caso de la cooperación, si lo que se oculta es una relación contractual típica, para lo que resulta decisivo tanto el contenido como la causa. Es suficientemente conocido como derecho europeo de la contratación pública (tanto las directivas como la jurisprudencia interpretativa) ha depurado un concepto de contrato que se identifica con el ámbito objetivo de dichas normas, ya sea en el caso de los contratos sujetos a la Directiva o en el de aquellos otros no cubiertos por las mismas pero afectados en todo caso por los principios ya referidos recogidos por los Tratados. En especial, además del carácter escrito que exige la Directiva, deben destacarse la onerosidad y la bilateralidad, de tal modo que quedan excluidas del concepto de contrato las relaciones jurídicas en las que las prestaciones son gratuitas y aquellas en las que no puede hablarse en sentido estricto de dos partes diferenciadas por estar sometida la prestadora del servicio al poder adjudicador encomendante, para el que realiza la parte esencial de sus prestaciones. Así lo ha determinado la jurisprudencia del TJUE: entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de enero de 2007 (Aurox /Commune de Roanne), Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2007, por la que se condena al Reino de España ("Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia") o la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de diciembre de 2012, C-159/11, que trae causa de una cuestión prejudicial presentada ante el Tribunal de Justicia en relación con un contrato de consultoría celebrado entre la Azienda Sanitaria Locale di Lecce y la Universidad de Salento.
160. En el Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. A lo largo del documento, se a precia que se busca integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea. Cfr., Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea, COM (2001), 428, Bruselas, 25.7.2001.
161. La Comunidad Autónoma de Aragón ha dado un primer paso en este sentido. El Portal de Servicios del Gobierno de Aragón ofrece a los ciudadanos el canal Transparencia con la intención de informar y formar a una ciudadanía sensible, responsable y participativa, para que conozca y ejerza sus derechos y obligaciones y colabore activamente en el fomento de una sociedad mejor. La Administración plantea la transparencia en la comunicación de su actividad diaria, porque facilita la confianza y el control directo por parte de la ciudadanía que puede ejercer un mayor control sobre sus gestores y realizar acciones constructivas. La finalidad de este Portal es transmitir información de manera comprensible, sencilla de entender por el conjunto de los ciudadanos/as, de tal forma que estén informados y conozcan las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el Gobierno de Aragón, en un marco de abierta participación social. En materia de contratación pública, a través del canal Transparencia, del Gobierno de Aragón, se ofrece información sobre contratos adjudicados, contratos modificados y datos estadísticos.

162. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ y R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, "Órganos consultivos y de recursos para el control de la contratación pública en España", en libro col dirigido por D. Sorace Amministrazioni Pubbliche dei contratti, Ed. Scientifica, Napoles, 2013. Y ello porque, como bien indican, estos órganos están sirviendo para limpiar y depurar la contratación del sector público. Además, se esta comenzando a apreciar como los entes del sector público contratantes están adaptando su comportamiento a la vista de las resoluciones de los tribunales, por ejemplo: redactan mejor los pliegos, concretan más y mejor los criterios de valoración de las ofertas y de adjudicación del contrato" (págs. 371-373). M. A. BERNAL BLAY ha destacado también la labor didáctica de estos tribunales administrativos y la auctoritas de su doctrina. "Observatorio de la actividad de los órganos de recursos contractuales en 2011", en libro col. Observatorio de contratos públicos 2011, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 328-331.
163. Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Un completo estudio de la misma puede verse en el trabajo de BERMEJO VERA, "El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales", RAP núm. 179, 2008, págs. 115-159.
164. Sobre el contenido de las Directivas de los años 90 y el fundamento de la regulación puede consultarse el libro colectivo dirigido por V. LÓPEZ-IBOR, La contratación pública en los llamados sectores excluidos, Civitas, Madrid, 1997 y libro col. Contratación empresarial en los sectores de transportes, energía, telecomunicaciones y agua potable. Los llamados contratos de interés público, Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1996.
165. Recuerda este proceso de mutuas influencias, con cita de las sentencias más significativas, S. GONZÁLEZ VARAS en su Tratado de Derecho administrativo. Tomo II El Derecho administrativo europeo, Thomson, Pamplona, 2012, 2ª ed., págs. 36 y ss.
166. Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada", RAP núm. 178, 2009, págs. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen para el que el legislador nacional tiene plena libertad.
167. Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP 151, 2000, pág. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, pág. 392.
168. Y la más reciente de Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de abril de 2010, Wall AG (petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Frankfurt am Main — Alemania) en la que se insiste en la idea de que una concesión de servicios — excluida del ámbito de aplicación— está sometida a los principios del Tratado.
169. En este punto resulta de gran interés el trabajo contenido en este libro de M.A. SANMARTÍN MORA, "La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea", en libro col. Observatorio de los Contratos Públicos 2011, ob.cit., págs. 407-434.
170. Comisión Nacional de la Competencia, Guía sobre Contratación Pública y Competencia. Disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Noticias/TabId/105/Default.aspx?contentid=296580>
171. Ver GIMENO FELIÚ, J.M., La Ley de Contratos del Sector Público: ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?, REDA, núm. 147, pág. 518 y ss.
172. Sin duda puede ser una importante herramienta función fiscalizadora del Tribunal de Cuentas (y sus homólogos autonómicos), con el fin de controlar legalidad y eficacia (que incluye la fase de ejecución) evitando un incorrecto uso de fondos públicos, independientemente de la personificación pública o privada que licite en tanto sea poder adjudicador. Sobre ello resulta de interés el trabajo de J. MEDINA GUIJARRO J.C. LÓPEZ LÓPEZ, "La fiscalización de la contratación administrativa por el Tribunal de Cuentas", Documentación Administrativa núms. 275-276, 2006, págs. 407-424. Obviamente se deberá "incentivar" la aplicación del procedimiento de responsabilidad contable regulado en la LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, para los casos de daños al erario público por una "mala práctica" de la normativa de contratación pública (incluida la contable y presupuestaria). C. CUBILLO RODRÍGUEZ, "Las responsabilidades jurídicas derivadas de la contratación del sector público", en libro col. La contratación en el sector público tras la Ley 30/2007, de 30 de octubre, Comares, Granada, 2009, págs. 634-638. La dificultad de exigir responsabilidades está siendo un factor que "incentiva" el incumplimiento de las reglas y principios que quiebran con los modificados ilegales. Labor de control que va a resultar más difícil a raíz de la STS núm. 8506/2012, de 28 de noviembre de 2012 (que casa y anula otra de la Sala de justicia de la Sección de Enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas (TCu) dictada el 17 de marzo de 2010 resolviendo el procedimiento de reintegro por alcance en relación con el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, de Madrid), que limita la capacidad de control por alcance y lo condiciona a la existencia de un recurso contencioso previo. El argumento de que "no siendo impugnado dicho convenio, ni habiendo sido reparados tales pagos por la Intervención Municipal, ni habiéndose emitido informe con tacha alguna por parte de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento" no hay responsabilidad contable puede condicionar la función de control del Tribunal de Cuentas y sus homólogos, máxime cuando, hasta ahora, en el caso de los modificados nunca se ha acudido ante los tribunales. Queda el control, no obstante, remitido a la función de asesoramiento de intervención y servicios jurídicos que han de ser la pieza clave en el cumplimiento de la legalidad.
173. Un ejemplo es la Ley 14/2008, del 5 de noviembre (modificada por 7/2009, de 13 de mayo), de la Oficina Antifraude de Cataluña crea la Oficina Antifraude de Cataluña, entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, con el fin de prevenir e investigar posibles casos de uso o destino ilegales de fondos públicos o cualquier otro aprovechamiento irregular derivado de conductas que conlleven conflicto de intereses o el uso en beneficio privado de informaciones derivadas de las funciones propias del personal al servicio del sector público. En Portugal, desde hace un par de años existe el Consejo para la Prevención de la Corrupción, que es un órgano administrativo independiente que trabaja "con" el Tribunal de Cuentas de Portugal para la prevención de la corrupción y los delitos conexos (art. 1º de Lei nº 54/2008).
174. Me remito a mi trabajo "Los tribunales administrativos especiales de contratación pública ante las previsiones del Informe CORA. Balance y prospectiva", Revista Catalana de Dret Public núm. 47, 2013.
175. Por todos, Jesús González Pérez, "Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas", Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente — Núm. 229, Octubre 2006. También A. SABÁN GODOY, El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991.
176. Para ello debe promoverse la colaboración de organizaciones sociales —no politizadas— para el control de riesgos de corrupción así como de los empleados públicos, previendo un sistema eficaz de denuncias (sin "coste" para el denunciante). Resultan también de interés las opiniones de J. VÁZQUEZ MATILLA, "La corrupción una barrera a la eficiencia e integridad en la compra pública.", en www. obcp.es y A. MADARIAGA VENEGA, "Algunas propuestas para prevenir y combatir la corrupción en la Contratación Pública", en www. obcp.es.

ROBERTO IGNACIO FERNÁNDEZ LÓPEZ\_(rfernandez@uvigo.es)\_Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Vigo, España

# Los mecanismos heterocompositivos ante la litigiosidad tributaria: la necesidad de transitar del inmovilismo al pragmatismo jurídico\*



Os mecanismos heterocompositivos ante a litixiosidade tributaria: a necesidade de transitar do inmovilismo ao pragmatismo xurídico

*The Mediation and the Arbitration in Tax Matters: the Necessary Advance from Immobility to Juridical Pragmatism*

**&Resumen:** Los instrumentos extrajudiciales para prevenir o resolver conflictos tributarios han sido escasamente desarrollados por la legislación española. El presente trabajo tiene por objeto analizar las causas que han llevado al actual estado de inmovilismo del Derecho tributario español en materia de arbitraje, constatar los escasos avances conseguidos con otras técnicas extrajudiciales orientadas a reducir la conflictividad tributaria para, finalmente, concluir con distintas propuestas *de lege ferenda* tendentes a fomentar la aplicación de tales mecanismos resolutivos de controversias.

**&Palabras clave:** litigiosidad tributaria, mediación, arbitraje, contribuyentes y Administración tributaria, reforma legal.

**&Abstract:** The extrajudicial instruments to anticipate or to solve tax conflicts have been scantily developed by the Spanish legislation. The present paper has for object analyze the reasons that have led to the current condition of immobility of the Spanish Tax law as for arbitration, state the scanty advances obtained with other extrajudicial mechanisms orientated to reducing the tax litigation, finally, to conclude with different offers *de lege ferenda* tending to promote the application of such decisive mechanisms of controversies.

**&Keywords:** tax litigation, mediation, arbitration, taxpayers and tax Administration, legal reform.



## I. PLANTEAMIENTO PREVIO

Desde que el Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, publicado en 2001 (VV.AA., 2001: 226-234), había insistido en la necesidad de introducir técnicas de mediación y arbitraje en el ordenamiento tributario español ha transcurrido más de un decenio, y lo cierto es que *de lege data* el arbitraje tributario sigue siendo a día de hoy una institución vacía de contenido y, por ende, carente de aplicación en España.

Es verdad que la mediación y el arbitraje constituyen mecanismos de composición heterónoma o heterocomposición que actúan cuando, surgido ya el conflicto, un tercero aproxima posiciones o adopta una resolución que pone término al mismo (medidas resolutivas). Ello podría llevar a pensar que el Derecho tributario español se ha centrado más en regular otros instrumentos que intentan prevenir la controversia incluso antes de que ésta surja en aras de evitar un litigio posterior (medidas preventivas), pero lo cierto es que tampoco la legislación española ha experimentado avances destacables en esta segunda vertiente.

Pues bien, la pretensión de este trabajo no es otra que la de analizar las causas que han llevado al actual estado de inmovilismo del Derecho tributario español en materia de arbitraje, constatar los escasos avances conseguidos con otras técnicas extrajudiciales orientadas a reducir la conflictividad tributaria para, finalmente, concluir con distintas propuestas *de lege ferenda* susceptibles de contrarrestar el excesivo nivel de litigiosidad existente entre la Administración y los obligados tributarios.

## II. LOS MOTIVOS TRADICIONALMENTE OPUESTOS A LA INTRODUCCIÓN DE TÉCNICAS ARBITRALES EN EL DERECHO TRIBUTARIO ESPAÑOL

Las reticencias que se han venido invocando para frenar el desarrollo del arbitraje en el Derecho tributario español se apoyan en la prevalencia de los principios de legalidad e indisponibilidad de la obligación tributaria, así como en la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (GARCÍA NOVOA, 2002: 76-80; LÓPEZ DÍAZ, 2005: 694-699; CATARINO y GOMES FILIPPO, 2011: 630-637; SERRANO ANTÓN, 2011: 665-673; y CASAS AGUDO, 2011: 706-716).

La estrecha conexión entre la legalidad y la indisponibilidad del tributo conduce a sostener que la Administración, en tanto en cuanto ampara un interés público, no puede renunciar a la defensa de ese interés que encarna la Ley. Así pues, si es la ley la que articula todo el régimen sustantivo que rodea el tributo (singularmente, su nacimiento, cuantía y extinción), la Administración no puede apartarse de ese mandato legal por medio de pactos, acuerdos o contratos. Desde esta perspectiva, la indisponibilidad es una manifestación de la *positive Bindung*, es decir, de la vinculación positiva de la Administración a la voluntad del legislador, lo que, en palabras de GARCÍA NOVOA, supone una garantía de certeza para el contribuyente “al saber que aquélla carecerá de un ámbito de libre decisión a la hora de concretar el contenido de cada obligación tributaria” (2002: 80). El apoyo jurídico a tal razonamiento se hallaría en distintos preceptos del ordenamiento español, algunos recogidos en el texto constitucional (arts.31.3 y 9.3 CE) y otros de rango legal. Entre estos últimos destacan el art.18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), y el art.7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (LGP).

Con arreglo al art.18 de la LGT, “el crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa”. Por su parte, el art.7.3 de la LGP establece que, con la única excepción de los acuerdos adoptados por la Administración acreedora en el seno de los procesos concursales, “no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter

a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del de Estado en pleno”.

El primero de los preceptos citados contiene dos mandatos perfectamente diferenciados. De un lado, el que afecta en exclusiva a los particulares, cuyos pactos o acuerdos en modo alguno vinculan ni tienen efectos frente a la Administración en lo que atañe a la naturaleza y cuantía de las deudas tributarias. De otro lado, el art.18 de la LGT le prohíbe a la Administración disponer de su crédito tributario de forma unilateral o bilateral, pero con un importante matiz y es que esa prohibición opera exclusivamente en la esfera aplicativa del tributo, no en la normativa, por lo que el propio precepto introduce la salvedad de que es posible que la ley sí autorice la disponibilidad de la obligación tributaria en determinados casos. ¿Podrían ser éstos los supuestos susceptibles de someterse a arbitraje? Desde nuestro punto de vista, la respuesta puede y debe ser afirmativa pues en todo caso seguirá siendo la ley, y no la libre voluntad de las partes, la que delimite las cuestiones o materias disponibles por medio del arbitraje. Una vez acotados los asuntos objeto de posible arbitraje, la Administración tributaria, el particular y, por supuesto, el árbitro actuarán todos ellos sujetos a la ley buscando una solución justa en Derecho.

En este mismo sentido, ya existen algunos ejemplos en el Derecho tributario español en los que la Ley bendice la adopción de pactos que, a modo de transacción o aproximación de posiciones entre las dos partes de la relación tributaria, ponen solución a una incertidumbre y evitan un conflicto posterior. A este respecto, ANDRÉS AUCEJO ofrece una clasificación de las distintas técnicas pactadas reconocidas por el ordenamiento español. Entre las técnicas en sede de gestión tributaria, dirigidas a la prevención o evitación de un litigio posterior, esta autora cita los acuerdos previos de valoración, las propuestas de valoración en el Impuesto sobre Sociedades y otros ejemplos que califica como “actos administrativos unilaterales participados” (2010: 2-3). Pero quizá el caso más palmario de aproximación de posiciones sea el de las actas con acuerdo, reguladas en el art.155 de la LGT, las cuales ponen término a un procedimiento de inspección tributaria y conllevan una doble disponibilidad de los derechos de crédito de la Hacienda Pública. En efecto, la propia sustancia del acto transaccional supone un acuerdo entre la Administración y el particular que afecta a la naturaleza y elementos cuantitativos de la obligación tributaria nacida del hecho imponible, pero es que además de las actas con acuerdo deriva una reducción del 50% de la sanción resultante de la regularización tributaria. Es más, quizá se haya quedado corto el ordenamiento español en la regulación de este tipo de actas y así, en aras de una mayor publicidad o transparencia que garantice la protección del interés público y aumente el control de las actuaciones de la Inspección tributaria, FERREIRO preconiza que tal vez hubiese sido conveniente que, llegado el caso, interviniese un tercero en funciones de mediación, conciliación y arbitraje. A juicio de dicho autor, ese mediador o árbitro —que bien podría ser un funcionario público no integrado en la línea jerárquica del inspector actuario— podría solucionar el posible enquistamiento de posiciones que se produjera por parte de quienes viniesen discutiendo sobre cuestiones de hecho o derecho a lo largo del procedimiento inspector (2005: 248-249), participando de la misma idea GONZÁLEZ-CUÉLLAR (2010: 268).

Atendiendo a la vigente regulación de la LGT, no han faltado quienes han rechazado que las actas con acuerdo posean naturaleza transaccional, al considerar que no permiten concesiones recíprocas entre las partes que intervienen en el procedimiento inspector y que ese tipo de cesiones es el rasgo típico de la transacción (MARTÍNEZ MUÑOZ, 2004: 179-180; y BUSTILLO BOLADO, 2010: 438-439), pero —a nuestro juicio— de lo que no cabe duda es que se trata de un mecanismo convencional de aproximación de posiciones inicialmente

distantes sobre determinados aspectos que generan incerteza a la hora de cuantificar el importe del crédito tributario (conceptos jurídicos indeterminados, estimaciones, valoraciones, etc.) y que podrían desembocar en un litigio posterior. Algo similar ocurre con las actas de conformidad (art.156 LGT), aunque la principal diferencia con las primeras radica en que en las actas de conformidad la adhesión por el particular a la regularización tributaria propuesta por la Administración implica una aceptación íntegra de los hechos recogidos en el acta, que ya no podrán ser refutados a posteriori, con lo que su capacidad de debate y negociación sobre dichos elementos fácticos es bastante más limitada que en las actas con acuerdo. Obsérvese que, en relación a estas últimas, una de las posibles causas de su incoación es que “resulte necesaria la apreciación de los hechos determinantes para la correcta aplicación de la norma al caso concreto” (art.155.1 LGT). Por ello, algunos autores defienden que las actas de conformidad no poseen naturaleza negocial, sino que la conformidad es un acto del particular de contenido complejo, muy próximo a una confesión extrajudicial sobre los hechos plasmados en la misma y calificable como acto de adhesión a las calificaciones jurídicas formuladas por el inspector (ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, 1994: 380 y siguientes).

Por otro lado, según avanzábamos, también el art.7.3 de la LGP constituye un aparente impedimento a la disponibilidad de sus derechos de contenido económico por parte de la Hacienda Pública, con la singularidad de que aquí la citada norma se refiere expresamente a la prohibición de la transacción y del arbitraje. Ahora bien, al igual que ocurre con el art.18 de la LGT, también el art.7.3 de la LGP debe ser entendido en sus justos términos. En realidad, lo que ambos preceptos consagran no es una indisponibilidad absoluta de los derechos de crédito de la Hacienda Pública sino una “legalidad en la disposición”, lo que abriría la puerta a un arbitraje que evitase colisionar con principios de rango constitucional, particularmente la capacidad económica y la tutela judicial efectiva (VV.AA., 2013: 21). Evidentemente, esa legalidad en la disposición del tributo exige que el legislador defina con la mayor precisión posible los supuestos y el alcance del instrumento de mediación o arbitraje articulado por la norma, porque lo único que proscriben el art.18 de la LGT y el art.7.3 de la LGP es la libre disponibilidad de sus créditos por la Administración o una habilitación en blanco al acreedor que le permita sortear la salvaguarda del interés público (SERRANO ANTÓN, 2011: 670). En definitiva, los diques de contención a los potenciales excesos de la actividad administrativa en este ámbito, como en tantos otros, lo constituyen la prohibición de la arbitrariedad y de la eventual desviación de poder en el ejercicio de la potestad pública dirigida a hacer efectivo el cobro del tributo.

Esa prohibición no es más que una consecuencia del principio de legalidad, el cual no puede ser entendido como sinónimo del absoluto carácter reglado de toda actuación administrativa en materia tributaria (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 696), pero sí como la pretensión de que la norma legal no puede sustraerse de acotar con mayor o menor grado de precisión determinados ámbitos (conceptos jurídicos indeterminados, valoraciones, etc.) en los que se hace necesario sustituir la discrecionalidad de la Administración en la aplicación del tributo por fórmulas convencionales o arbitrales que doten de fijeza y seguridad los contornos ambiguos o imprecisos del propio ordenamiento tributario. Este planteamiento en modo alguno tiende a desvirtuar la naturaleza indisponible del derecho de crédito de la Hacienda Pública sino que, todo lo contrario, más bien se orienta a reforzarla (DE FLORA, 2008: 49-61 y 278-288). Si la validez o eficacia del acto de liquidación tributaria son cuestionadas por el particular, la Administración no está disponiendo de su derecho de crédito por el hecho de que sea un tercero distinto a un juez el que dirima y resuelva la controversia, siempre que la ley predetermine con suficiente claridad las materias, competencias y alcance con que se pronuncie ese tercero.

Así pues, si la indisponibilidad no es un verdadero escollo en el Derecho español a la implantación del arbitraje en materia tributaria, sólo queda por despejar la incógnita de si las posibles cortapisas a la utilización de esa técnica extrajudicial resolutoria de conflictos pueden venir de la mano de los principios constitucionales de capacidad económica e igualdad y del derecho a la tutela judicial efectiva (arts.31.1 y 24.1 CE).

La capacidad económica y la igualdad, criterios interdependientes de justicia tributaria, proclaman la defensa de la equitativa contribución por los ciudadanos al sostenimiento de las cargas públicas. El respeto a la igualdad, desde la óptica de la utilización de fórmulas arbitrales para la resolución de controversias tributarias, presenta una doble proyección: de una parte, la igualdad formal ante la ley exige que cualquier contribuyente tenga libre acceso al arbitraje o a la mediación; de otra, la igualdad material postula que, al hacer uso de dichos mecanismos heterocompositivos, los particulares no sufran tratos discriminatorios carentes de justificación razonable en sus respectivos derechos subjetivos o intereses legítimos. En suma, la igualdad sustancial entre dos contribuyentes, en términos de capacidad contributiva, proscribire criterios de aplicación de los tributos que conduzcan a diferencias en las cantidades a pagar por cada uno de ellos (CASAS AGUDO, 2011: 697). Desde este punto de vista, SERRANO ANTÓN ha advertido que se podría violar el principio de igualdad como consecuencia de la intervención de *lobbies* o grupos de presión sobre los órganos arbitrales para obtener resultados favorables, y esto es algo que evidentemente debe evitar la ley dotando de la máxima transparencia y garantías posibles al sistema convencional o arbitral que se instaure (2011: 673-674). Por consiguiente, adoptando el ordenamiento jurídico las cautelas necesarias, el principio de igualdad no debe verse afectado por la implementación de la mediación o el arbitraje en materia tributaria.

Por lo demás, tampoco debe sufrir ningún quebranto el principio de capacidad económica sino todo lo contrario, pues a través de las fórmulas de resolución extrajudicial de los conflictos tributarios lo que se consigue es que, finalmente, dicho principio se haga efectivo aunque no quizá con toda la precisión y certeza que cabría esperar de una aplicación estricta o taxativa de la norma, ya que la indeterminación o vaguedad causante del conflicto puede ser normativa, fáctica o incluso mixta. A mayores, cabe subrayar que la mediación y el arbitraje en derecho actuarán siempre con posterioridad al nacimiento de la obligación tributaria para, en último término, dotar de fijeza los elementos de cuantificación de la deuda, por lo que no se corre el riesgo de desvirtuar el contenido de la prestación pecuniaria surgida del hecho imponible (SERRANO ANTÓN, 2011: 674). Por lo tanto, los principios de justicia tributaria no solo no limitan sino que, lejos de ello, amparan el empleo de mecanismos resolutivos de controversias que hagan posible el ejercicio libre y responsable de sus derechos por los contribuyentes, elevando el nivel de equidad fiscal en un Estado de Derecho (CATARINO y GOMES FILIPPO, 2011: 645).

Finalmente, resta por determinar si las técnicas arbitrales pueden contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva, de manera particular cuando el arbitraje cierra el paso a todo posible recurso judicial posterior. Es completamente pacífica la opinión de que el arbitraje no conculca el derecho a la tutela judicial efectiva cuando aquél opera en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, pero las dudas se suscitan cuando el papel del arbitraje se traslada al terreno de las relaciones jurídico-públicas como es el caso del tributo (VICENTE-ARCHE, 2005: 38-39). En este segundo escenario, si se parte de la premisa de que el arbitraje puede actuar como sustitutivo o alternativa a las reclamaciones y recursos tributarios en vía administrativa, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha admitido la compatibilidad

del instituto arbitral con el derecho a la tutela judicial efectiva [STC de 22 de marzo de 1991 (FJ 5º); STC de 14 de noviembre de 1991 (FJ 5º); y STC de 11 de noviembre de 1996 (FJ 4º)] y lo ha hecho, como explica VICENTE-ARCHE, considerando que el arbitraje puede conseguir para las partes los mismos objetivos que la jurisdicción, que se garantiza el derecho de acceso a un procedimiento dirigido a resolver una controversia, que se puede obtener —al igual que en un proceso ante los jueces o tribunales— una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto, y que esa resolución o laudo arbitral tiene los mismos efectos que la cosa juzgada (2005: 41).

En cualquier caso, salvo que concurra alguno de los motivos tasados previstos en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, para instar la anulación del laudo arbitral, tampoco se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva ante los posibles impedimentos a la ulterior revisión jurisdiccional del laudo porque, en realidad y con la única salvedad del orden penal, el derecho a los recursos establecidos en la Ley no tiene naturaleza constitucional sino legal (VICENTE-ARCHE, 2005: 42).

Por último, conviene reparar en el importante dato de que cuando la Administración tributaria y el particular acuerdan acudir a la vía arbitral no están renunciando a la resolución de la controversia sino que optan por una alternativa distinta a la vía de los recursos administrativos pudiendo, en cualquier caso, rehusar el procedimiento arbitral para que el conflicto sea sometido a la decisión del órgano administrativo competente (VICENTE-ARCHE, 2005: 44).

Así pues, no hay razones que sustenten posibles objeciones de naturaleza legal o constitucional a la utilización del arbitraje para resolver conflictos de naturaleza tributaria, máxime cuando el art.14 de la mencionada Ley 60/2003 contempla un “arbitraje institucional” en el que las partes pueden someter su controversia a la decisión de corporaciones de Derecho Público integradas por funcionarios o miembros del sector público y expertos o representantes de sectores profesionales, lo que disipa posibles dudas o recelos a la instauración de un arbitraje en materia tributaria en el que pudiese primar la autonomía de la voluntad propia del Derecho privado (VV.AA., 2013: 11).

### **III CAUSAS QUE JUSTIFICAN LA INTRODUCCIÓN DE FÓRMULAS HETEROCOMPOSITIVAS EN EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO ESPAÑOL**

Si entendemos por fórmulas heterocompositivas aquellas que, como el arbitraje, se basan en soluciones consensuales propuestas o instadas por terceros independientes y cuyas decisiones, fundadas en Derecho, resulten fáciles de ejecutar (VV.AA., 2013: 24), hay sobrados motivos que apoyan su introducción y aplicación en el ordenamiento tributario español.

A este respecto se han invocado tres principios que amparan la implantación de soluciones arbitrales: simplificación, eficacia y practicabilidad. El primero de ellos encierra en su significado no sólo la vertiente estrictamente normativa del ordenamiento, es decir, la conveniencia de que existan leyes tributarias de fácil comprensión y aplicación por sus destinatarios, sino que también se proyecta sobre la actuación administrativa traduciéndose en una “limitación de costes indirectos” para el contribuyente y en una mayor eficiencia en la actividad de la Administración tributaria, de tal suerte que el arbitraje coadyuvaría a desarrollar procedimientos resolutivos sencillos para cuestiones con escaso grado de complejidad (VV. AA., 2013: 25).

El principio de eficacia de la actuación administrativa es una de las exigencias demandadas por el art.103 de la Constitución española, y esa eficacia también resulta exigible de la Administración de justicia, concretamente de los juzgados y tribunales, cuya saturación y lentitud actuales aconsejan la búsqueda de técnicas alternativas que desactiven o resuelvan los conflictos que aguardan una solución en Derecho (VV.AA., 2013: 25). Esa agilidad y rapidez en la resolución de la controversia podría conseguirse dando entrada a expertos con conocimientos técnicos especializados en Derecho tributario. En palabras de SERRANO ANTÓN, “con la previsión constitucional del principio de eficacia, la administración se encuentra compelida a conseguir el mejor resultado posible, cuantitativo y cualitativo, en relación con los medios a su disposición. En otras palabras, se trata de la consecución de los objetivos previstos con el menor gasto de recursos e instrumentos” (2011: 674-675). Si ello es así, no hay motivo alguno para descartar el empleo de la mediación y el arbitraje en aras de una justicia más ágil para los asuntos tributarios.

En tercer lugar, la practicabilidad, al igual que la simplificación, no sólo opera en la esfera legislativa en la que la norma debe ser diseñada con arreglo a los atributos de la claridad, la sencillez y la abstracción, sino que también actúa en el plano aplicativo del Derecho tributario evitando la pendencia de recursos sin resolver durante dilatados períodos de tiempo. Es aquí donde entran en juego los medios alternativos de resolución de litigios procurando la efectividad inmediata del crédito tributario, ante el excesivo retraso en el ingreso de deudas frecuentemente suspendidas a causa de los recursos presentados en vía administrativa o jurisdiccional (VV.AA., 2013: 26). En esta misma línea, FERREIRO considera que no está defendiendo el interés general quien pueda preferir la recaudación aplazada en virtud de un litigio al pago inmediato que debe regir el acuerdo (2005: 242).

En el plano de las medidas autocompositivas, LÓPEZ DÍAZ ha identificado las ventajas de su introducción diferenciándolas en tres grupos: político-organizativas, jurídicas y económicas (2005: 690-694). Las primeras fomentan la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas y “esa participación aporta ese mayor grado de democratización de la actuación administrativa”, la cual es una de las exigencias del Estado Social de Derecho. A juicio del citado autor, “las nuevas funciones de la Administración, no limitada a la simple aplicación automática de normas unívocas, requiere de ese esfuerzo a través de la participación de los destinatarios de la actuación, lo que, a su vez, redundará en una mayor eficacia” (2005: 692). Desde luego no es ésta una opinión ni mucho menos aislada en el seno de la doctrina, sino que también participan de la misma idea FERREIRO LAPATZA (2005: 241-242), CATARINO y GOMES FILIPPO (2011: 626-628), y SERRANO ANTÓN (2011: 676-677).

Las ventajas jurídicas de las técnicas autocompositivas son evidentes: se refuerza la seguridad jurídica del contribuyente (conocimiento y certeza del Derecho, confianza de los ciudadanos y previsibilidad); se relativiza el mayor coste que supone el acceso a los tribunales de justicia cuando los asuntos litigiosos son de escasa o reducida cuantía; por último, las fórmulas autocompositivas y heterocompositivas optimizan el empleo de los recursos públicos —singularmente los medios humanos y materiales al servicio de los tribunales de justicia— ya que éstos pueden dedicarse a resolver con mayor eficacia los asuntos más complejos (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 693).

Desde un punto de vista económico, no cabe duda que se aprecia una notable reducción de los costes ocasionados por el conflicto, y ello sin obviar que el mayor retraso en la resolución de una controversia tributaria origina la obligación de satisfacer intereses de demora —a

cargo del particular o de la Administración— mientras dura el proceso de revisión en vía administrativa o judicial (LÓPEZ DÍAZ, 2005: 693-694).

Por otra parte, existen una serie de razones derivadas de la experiencia contrastada de otros ordenamientos jurídicos comparados, que demuestran las muchas ventajas y escasos inconvenientes de la utilización de técnicas extrajudiciales de resolución de conflictos de naturaleza tributaria.

Por ejemplo, en el Derecho italiano constituye una buena muestra de ello su modelo de *accertamento con adesione* (CASAS AGUDO, 2011: 705-706). Se trata de una comprobación en la que tanto la Administración tributaria como el contribuyente formulan, por escrito y formalmente, sus propuestas y contrapropuestas, llegando a una solución pactada (DE FLORA, 2008: 146-198). Además, el contribuyente se beneficia de una importante reducción en las sanciones. Como explica ANDRÉS AUCEJO, “el *accertamento con adesione* es una figura de naturaleza convencional ínsita en el procedimiento de gestión tributaria italiano, por el cual Administración y contribuyente —ya sea a instancia de oficio, ya sea a instancia de parte— procuran llegar a un acuerdo ante incertidumbres de hecho o derecho sobre la determinación del débito tributario. Tal acuerdo se formaliza por escrito en el denominado «atto di accertamento con adesione» firmado por la Administración y suscrito por el contribuyente. La adhesión del sujeto y consiguiente suscripción del *accertamento* comporta, de un lado, la reducción hasta un cuarto del mínimo de la sanción que en su caso hubiere correspondido y, de otro, la imposibilidad de impugnación, de manera que, si el contribuyente perfecciona el acto mediante el ingreso de la deuda convenida, el «atto di accertamento con adesione» deviene eficaz, poniendo fin al procedimiento, no cabiendo recurso ulterior sobre su contenido; contenido que deberá respetar también la Administración, quien no podrá modificar el *atto di accertamento* salvo casos excepcionales tasados en la norma” (2010: 35; y 2008: 47-77).

También Portugal se ha sumado a los países occidentales que se decantan por la utilización de técnicas arbitrales, y lo ha hecho mediante el Decreto-Ley 10/2011, de 20 de enero, en el que se regula la composición y funciones de los órganos y tribunales arbitrales adscritos al *Centro de Arbitragem Administrativa*<sup>1</sup>. Sus laudos, dictados en un plazo máximo de seis meses, son vinculantes siempre que la Administración afectada se haya adherido a dicho Centro. El Ministerio de Finanzas portugués lo ha hecho para los asuntos litigiosos que no superen los 10.000 euros. Para las controversias de importe superior deben concurrir una serie de requisitos adicionales, entre los que destacan que el árbitro haya desempeñado funciones como magistrado en tribunales tributarios y que tenga el título de *Doutor em Direito Fiscal*.

Por último, bien merecen una reflexión las propuestas previas de tributación contempladas, no en la normativa estatal española, sino en las normas forales de los Territorios Históricos del País Vasco. Para MERINO JARA, dichas propuestas permiten “que los obligados tributarios planteen a la administración el conocimiento previo de determinadas operaciones de especial complejidad, a los efectos de que ésta se pronuncie con antelación a la realización del hecho imponible en cuanto a su conformidad o disconformidad con el tratamiento tributario propuesto por la persona interesada, en lo que a la operación concreta se refiere. Nos hallamos ante un supuesto de cuantificación anticipada de la deuda tributaria” (2011: 743). Las operaciones de especial trascendencia o complejidad que contemplan las normas forales de Guipúzcoa y Vizcaya son, entre otras, las siguientes: operaciones de reestructuración empresarial (fusiones, escisiones, etc.); operaciones de reorganización de patrimonios de personas físicas; aquellas en las que estén implicadas otras administraciones tributarias o que

posean una dimensión internacional; operaciones o negocios jurídicos cuyo importe supere los 600.000 euros, etc.

Por lo demás, la aprobación por la Administración tributaria de una propuesta previa de tributación vinculará a dicho ente público, el cual estará obligado a aplicar el contenido de la propuesta aprobada, salvo que se acredite que las circunstancias expuestas en la propuesta no se ajustan a la realidad o que se ha modificado la normativa aplicable. Las ventajas de estas fórmulas se concretan en la bilateralidad, en la instantaneidad y en la posibilidad de conocer la argumentación del interlocutor, al tiempo que potencian el principio de seguridad jurídica (MERINO JARA, 2011: 751).

#### **IV. LA PLURALIDAD DE PROPUESTAS DE LEGE FERENDA SOBRE LA REGULACIÓN TRIBUTARIA DE LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ESPAÑOL**

A partir de las consideraciones y conclusiones alcanzadas en los apartados precedentes, parece oportuno formular algunas propuestas que hagan posible la introducción de la mediación y el arbitraje en el Derecho tributario español. Han sido muchas las voces, tanto desde el ámbito estrictamente académico como desde distintos sectores profesionales, que han planteado proposiciones muy definidas de por donde debería avanzarse en la implantación de técnicas heterocompositivas que encajasen en el actual marco normativo y constitucional español. Destacaremos a continuación aquellas que han concitado un mayor grado de consenso en los distintos foros científicos y profesionales.

El Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, de 2001, alumbró tres posiciones doctrinales diferentes sobre la forma de regular el arbitraje. La propuesta con un desarrollo más acusado defendía un arbitraje tributario caracterizado por las siguientes notas: a) Ha de tratarse de un arbitraje en Derecho y no en equidad. b) El arbitraje debe estar encomendado a órganos administrativos especializados, prefijados y determinados conforme a unas normas de competencia fijadas de antemano. c) Las materias que se sometan a arbitraje deben ser obligatorias —sin posibilidad de acudir a los cauces tradicionales de recurso en vía administrativa—, sencillas y de fácil verificación (valoraciones, tasación pericial contradictoria, notificaciones, domicilio fiscal, tasas hasta una determinada cuantía, errores de hecho, etc.). d) El arbitraje debe ser gratuito y sólo en los casos en que el árbitro aprecie temeridad o mala fe impondrá las costas a quien corresponda (VV.AA., 2001: 227-232).

Una segunda propuesta de la citada Comisión apostó por un arbitraje basado en cinco puntos: a) El arbitraje ha de ser de equidad, pues de lo que se trata es de ofrecer una solución justa a los casos en que la norma, aunque bien aplicada, da lugar a situaciones contrarias a la equidad. b) El árbitro no debe ser unipersonal ni tampoco funcionario de la Administración tributaria. c) El arbitraje, por ser de equidad, debería limitarse a asuntos de una cuantía muy reducida. d) El arbitraje debe configurarse como voluntario. e) No debe existir, con carácter general, posibilidad de recurso frente al laudo (VV.AA., 2001: 233).

La tercera posición que surgió en el seno de la Comisión para el estudio y reforma de la LGT hizo especial hincapié en la imposibilidad constitucional de limitar el arbitraje por razón de la cuantía, pues ello supondría aplicar estas fórmulas sólo a los menos dotados económicamente lo que sería contrario al principio de igualdad ante la ley. Por lo demás, también aboga porque el arbitraje no deba encomendarse a una de las partes sino a árbitros independientes. Por último, esta tercera línea de opinión señala que las cuestiones susceptibles

de arbitraje no deben afectar exclusivamente a hechos sino a otros asuntos en los que la distinción hecho-derecho no es tan sencilla, tales como presunciones, conceptos jurídicos indeterminados, supuestos de estimación indirecta, operaciones vinculadas, valoraciones, etc. (VV.AA., 2001: 233-234).

Posteriormente, la Comisión creada al año siguiente y que elaboró el “Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria”, apenas aportó nada al respecto, salvo para destacar la conveniencia de que se estudiase la posibilidad de introducir en el futuro una medida específica que favoreciese la conciliación y el arbitraje (VV.AA., 2002: 98-99). En concreto, se propuso que en el escrito de interposición de la reclamación económico-administrativa, el recurrente pudiese solicitar, como alternativa al procedimiento económico-administrativo, la celebración de un acto de conciliación que, en caso de desacuerdo entre las partes, diese lugar a un arbitraje ante un órgano unipersonal del Tribunal Económico-Administrativo correspondiente. Se trataría por lo tanto de un arbitraje residenciado en los propios Tribunales Económico-Administrativos y con los mismos efectos que las actas con acuerdo, esto es, con una reducción de las sanciones impuestas. A juicio de dicha Comisión, esta medida conseguiría fomentar el entendimiento entre los obligados tributarios y la Administración con vistas a reducir el ingente volumen de litigiosidad existente y, por ende, la excesiva tardanza y lentitud en el actual sistema de reclamación económico-administrativa y ulterior recurso contencioso en la vía jurisdiccional (VV.AA., 2002: 99).

Por su parte, la Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF) manifestó en su día su contrariedad ante el hecho de que la LGT de 2003, concretamente su Anteproyecto, no introdujese ninguna fórmula arbitral en la resolución de conflictos entre la Administración y los contribuyentes. En tal sentido, la AEDAF planteó una propuesta articulada en torno a tres supuestos y figuras distintas cuyas diferencias derivan de las materias y cuantías sobre las que verse la controversia (VV.AA., 2003: 48-50; y GARCÍA NOVOA, 2002: 97-98):

- 1) Cuando la disconformidad del contribuyente respecto de las liquidaciones realizadas por la Administración fuese igual o superior a 3.000 euros, la resolución, a instancia del contribuyente, se podría dictar por el Consejo para la Defensa del Contribuyente (órgano técnico e independiente adscrito al Ministerio de Hacienda), que resolvería en equidad.
- 2) Cuando la discrepancia versase exclusivamente sobre hechos o valoraciones de naturaleza técnica, la Administración y el contribuyente podrán someterse al criterio de un tribunal de árbitros, previa renuncia a ulteriores recursos. Sólo podrán integrar dicho órgano arbitral aquellas personas con capacitación y titulación técnica adecuada a la naturaleza de los hechos.
- 3) Para las restantes cuestiones derivadas de la aplicación de los tributos, cualquiera que sea su cuantía, la AEDAF propone un sistema de arbitraje basado en los siguientes principios: a) El órgano de arbitraje resolverá en Derecho, no en equidad. b) El plazo máximo de duración del procedimiento será de tres meses. c) La procedencia de la solución arbitral se hará a petición del interesado, la cual será vinculante para la Administración. d) La resolución que dicte el tribunal arbitral no será susceptible de ulterior recurso, salvo los que procedan contra esta clase de órganos. e) Cada comisión o tribunal se compondrá de tres miembros, el Presidente y dos vocales. Uno de los vocales será designado por el contribuyente y el otro por la Administración. El Presidente será elegido de común acuerdo por el particular y la Administración de entre una lista de profesionales o funcionarios independientes con titulación adecuada

y acreditada especialización en Derecho tributario, lista que se confeccionará por el Ministerio de Hacienda.

Tampoco han faltado instituciones académicas de ámbito internacional que expresasen, con propuestas concretas *de lege ferenda*, su favorable predisposición a la incorporación del arbitraje en los ordenamientos internos de sus países miembros. Uno de los foros científicos más concluyentes al respecto ha sido el Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT) con ocasión de sus XXII Jornadas, celebradas en Quito en 2004. Dejando al margen sus propuestas en materia de arbitraje internacional, las recomendaciones más destacadas del ILADT sobre el arbitraje tributario en el plano del Derecho interno pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) La denominación de arbitraje tributario debe reservarse exclusivamente para la técnica de solución de controversias en materia tributaria consistente en someter la decisión de un diferendo a un órgano no perteneciente a la jurisdicción ordinaria estatal, cuyo laudo tiene la misma fuerza que una sentencia.
- b) La ley debe regular los acuerdos tributarios entre la Administración y los sujetos pasivos, que en la práctica se suelen alcanzar, precisando sus supuestos, contenido, alcance, condiciones, oportunidades de admisión y efectos.
- c) La ley debe asegurar que los acuerdos tributarios que se celebren sean transparentes y que su documentación contenga necesariamente el fundamento de su adopción, sus antecedentes, los elementos de hecho, los motivos jurídicos y la cuantificación de la deuda tributaria.
- d) Los acuerdos tributarios deberían prever la intervención de órganos administrativos dotados de independencia funcional respecto de aquellos agentes fiscales que han intervenido previamente en los procedimientos de verificación, fiscalización o determinación.
- e) Es aconsejable contemplar el arbitraje para diferendos que se produzcan en materia tributaria entre entes públicos, en países de régimen federal o de régimen unitario descentralizado en donde coexisten potestades tributarias o de creación, las cuales pueden entrar en colisión.
- f) Los contribuyentes deben tener el derecho de instar y coadyuvar en el procedimiento arbitral tributario.
- g) Los laudos arbitrales deben ser obligatorios para las autoridades fiscales y para el contribuyente, con autoridad de cosa juzgada<sup>2</sup>.

Por último, sin descartar la eventual operatividad de las citadas propuestas del ILADT sobre el arbitraje, también parece aconsejable explorar las posibilidades de la mediación como instrumento dirigido a evitar una eventual controversia tributaria, de modo particular cuando se suscita una incertidumbre objetiva respecto a la voluntad del legislador o a la realidad de los hechos con trascendencia tributaria (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 266-267; y ANDRÉS AUCEJO, 2010: 9 y siguientes). A tal efecto, sería necesario diferenciar según que la figura del mediador a intervenir entre la Administración tributaria y el particular actuase con carácter previo a la emisión del acto de liquidación tributaria (en el seno de los procedimientos de gestión tributaria) o bien con posterioridad a dicho acto (en la vía económico-administrativa).

Siguiendo a GONZÁLEZ-CUÉLLAR (2010: 268-271), en el primer caso la mediación podría aproximar posiciones despejando la posible incertidumbre y lo haría mediante un acuerdo que tuviese carácter preparatorio de la liquidación tributaria. Para sortear la posible conculcación del derecho a la tutela judicial efectiva, la intervención del mediador debería

tener carácter voluntario para el particular, y la figura de mediador podría recaer en una oficina técnica especializada, en el defensor del contribuyente o en un superior jerárquico al funcionario instructor del procedimiento de gestión. Por último, un aspecto no menos relevante de esta primera hipótesis atañe a la naturaleza y efectos del acuerdo alcanzado entre la Administración y el obligado tributario: se trataría de “un acuerdo de fijación” con la fuerza vinculante propia de estos negocios jurídicos. Por consiguiente, el posterior acto administrativo de liquidación deberá reflejar el contenido de ese acuerdo previo y el particular tributará con arreglo a este último sin posibilidad de impugnación de la liquidación, salvo que en el acuerdo de fijación hayan concurrido causas de nulidad o vicios de consentimiento (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 271-272).

Finalmente, en la segunda hipótesis planteada, esto es, la mediación que opera cuando la controversia ya está residenciada en la vía económico-administrativa previa a la contenciosa, se trataría de instaurar una “mediación institucional”, a modo de órgano colegiado especializado en Derecho tributario y con independencia funcional, en ocasiones sustitutivo de los actuales tribunales económico-administrativos y en otras insertado en el procedimiento de reclamación ante estos últimos. Por ejemplo, FERREIRO propone utilizar en la vía económico-administrativa órganos unipersonales que permitan combinar tareas arbitrales con medidas conciliatorias. Al mismo tiempo, este autor defiende que los Tribunales económico-administrativos abran su composición no sólo a funcionarios de la propia Administración tributaria sino también a expertos ajenos a la Administración, lo que conduciría a una mayor notoriedad y prestigio de dichos Tribunales sobre todo cuando actuaran en funciones de mediación y arbitraje (2005: 254-257). En cualquier caso, el acuerdo alcanzado a instancia de dicho órgano colegiado tendría naturaleza contractual y sería asimismo vinculante para ambas partes (GONZÁLEZ-CUÉLLAR, 2010: 273-276).

En conclusión, el ordenamiento tributario español tiene todavía por delante un largo camino que recorrer para hacer realidad cualquiera de las distintas propuestas *de lege ferenda* que acabamos de plantear. No hacerlo significa ignorar que la mediación y el arbitraje constituyen medios extrajudiciales de resolución de controversias que, bien configurados, en modo alguno chocan con los principios y reglas básicas informantes del Derecho tributario. Los tiempos actuales demandan soluciones a los conflictos en los que la defensa del interés público por la Administración no debe estar reñida con la esperada eficacia y agilidad de esta última en procurar la efectividad del crédito tributario.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS AUCEJO, Eva (2008): *La resolución alternativa de conflictos tributarios en Italia*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.
- ANDRÉS AUCEJO, Eva (2010): “Mecanismos convencionales y transaccionales de resolución de conflictos en Derecho Tributario Nacional y Comparado. La mediación en Derecho Tributario: una propuesta *de lege ferenda*”, *Quincena Fiscal*, 21 (versión electrónica BIB 2010/2454): 1-39.
- ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, Juan (1994): *Las actas de la Inspección de los Tributos*. Madrid: Civitas.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto Orlando (2010): *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*. Cizur Menor: 3ª edic., Aranzadi.
- CASAS AGUDO, Daniel (2011): “Sobre la admisibilidad constitucional y dogmática de los mecanismos consensuales y negociales de aplicación de los tributos. Especial mención al ordenamiento italiano”, en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volumen V, Editorial Temis — Jovene Editore.
- CATARINO, Joao Ricardo y GOMES FILIPPO, Luciano (2011): “L´arbitrato nel diritto tributario: stato attuale e prospettive”, en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá

— Napoli: Volumen V, Editorial Temis — Jovene Editore.

DE FLORA, Menita Giusy (2008): *Modalità alternative di gestione del procedimento tributario*. Salerno: Università degli Studi di Salerno.

FERREIRO LAPATZA, José Juan (2005): *La justicia tributaria en España*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

GARCÍA NOVOA, César (2002): "Mecanismos alternativos para la resolución de controversias tributarias. Su introducción en el Derecho español", *Revista Técnica Tributaria*, 59: 71-98.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, María Luisa (2010): "La posibilidad de incorporar la mediación como forma de terminación convencional de los procedimientos tributarios", en VV.AA.: *Tratado sobre la Ley General Tributaria*. Cizur Menor: Tomo II, Aranzadi.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio (2005): "Autocomposición de intereses en materia tributaria", en VV.AA.: *Estudios de Derecho Tributario en homenaje al Profesor Calvo Ortega*. Valladolid: Tomo I, Lex Nova.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Yolanda (2004): *Las actas con acuerdo en la nueva LGT*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

MERINO JARA, Isaac (2011): "Las propuestas previas de tributación en el País Vasco", en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volumen V, Editorial Temis — Jovene Editore.

SERRANO ANTÓN, Fernando (2011): "Métodos alternativos de solución de conflictos en materia tributaria: admisibilidad, compatibilidad constitucional y remedio a la litigiosidad", en VV.AA.: *Del Derecho de la Hacienda Pública al Derecho Tributario. Estudios en honor a Andrea Amatucci*. Bogotá — Napoli: Volumen V, Editorial Temis — Jovene Editore.

VICENTE-ARCHE COLOMA, Paula (2005): *El arbitraje en el ordenamiento tributario español: una propuesta*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.

VV.AA. (2001): *Informe para la Reforma de la Ley General Tributaria*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

VV.AA. (2002): *Informe sobre el Borrador del Anteproyecto de la nueva Ley General Tributaria*. Madrid: Secretaría de Estado de Hacienda.

VV.AA. (2003): *Informe de la Asociación Española de Asesores Fiscales al Anteproyecto de Ley General Tributaria*. Madrid: Asociación Española de Asesores Fiscales (AEDAF).

VV.AA. (2013): "La conveniencia de la implantación de fórmulas transaccionales y arbitrales en materia tributaria", *Papers AEDAF*, 8: 9-33.

## NOTAS

---

\* El presente trabajo se basa parcialmente en una comunicación presentada por el autor al II Congreso Internacional "Mediación: Aproximación psicológica y jurídica", celebrado en Ourense los días 23, 24 y 25 de octubre de 2013.

1. Vid. <http://www.caad.org.pt/userfiles/file/CAAD%20AT%20-%20RIAT%20Consolidado%20-%202013-01-01.pdf> (17-02-2014).

2. Vid. <http://www.iladt.org/FrontEnd/ResolutionDetailPage.aspx> (17-02-2014).

ALBERTO VAQUERO GARCÍA\_(vaquero@uvigo.es)\_Profesor Titular del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Vigo, España

# Reflexiones sobre el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común: recetas para la comunidad autónoma de Galicia

Reflexións sobre o sistema de financiamento das comunidades autónomas de réxime común: receitas para a comunidade autónoma de Galicia

*Considerations about the Financing Scheme of Autonomous Regions of Ordinary System: Some Recipes for Galicia*

**&Resumen:** El sistema de financiación autonómica en España ha experimentado numerosos cambios que trataron de mejorar la capacidad financiera-fiscal de los gobiernos regionales. Sin embargo, aún no se ha alcanzado un modelo que permita dotar de suficiente autonomía. El objetivo de este artículo es realizar un conjunto de recomendaciones en materia financiera-fiscal para la comunidad autónoma de Galicia.

**&Palabras clave:** descentralización, comunidades autónomas, competencias.

**&Abstract:** The financing system of Spanish autonomous regions has undergone numerous changes that have tried to improve the financial and fiscal capacity of regional governments. However, it has not yet achieved a model to provide sufficient autonomy. The objective of this paper is to make a set of recommendations on financial and tax matters for Galicia.

**&Key words:** decentralization, regional government, competencies.



## 1. INTRODUCCIÓN

La estructura de la hacienda autonómica en España es el resultado de un proceso iniciado hace cinco lustros con la aprobación de los primeros estatutos autonómicos. Desde entonces, la Administración General del Estado ha ido transfiriendo competencias a los gobiernos regionales.

Este proceso de transferencias competenciales implicó la necesidad de configurar un nuevo sistema de financiación, que permitiese garantizar la obtención de los recursos necesarios para ejercer las competencias que se han ido asumiendo.

Los cuatro pilares básicos sobre los que se conforma la base del sistema de financiación: autonomía, solidaridad, igualdad y coordinación han dado lugar a modelos distintos de haciendas autonómicas e, incluso dentro del mismo modelo, diferentes techos competenciales.

A pesar de los importantes esfuerzos dedicados a mejorar la descentralización de los gastos y de los ingresos, la realidad muestra como aún queda mucho camino por recorrer. Una de las quejas más extendidas es que la mayor parte de los esfuerzos, en vez de orientarse a configurar un modelo de hacienda autonómica más perfeccionado, se destinaron a culminar un proceso de transferencia de servicios y competencias. Por lo tanto, se tiene que seguir trabajando en descubrir cuál es el volumen de gasto asociado a las competencias de cada comunidad y la forma de financiarlo. Únicamente así se conseguirá una vinculación efectiva entre los gastos y los ingresos de las Comunidades Autónomas (CC.AA).

El artículo que se presenta tiene la siguiente estructura. Tras esta introducción, en el apartado segundo se analiza la gestión pública y los principios de reforma de la financiación autonómica. El tercer apartado se centra en justificar, desde la perspectiva teórica, la descentralización fiscal. El cuarto apartado presenta las competencias del gasto y la descentralización fiscal. El apartado quinto ahonda en algunos resultados de la descentralización fiscal en España. El sexto epígrafe determina el papel de las balanzas fiscales desde la perspectiva de la descentralización de competencias. En el séptimo apartado se realiza una reflexión, tanto a nivel general como para la Comunidad Autónoma de Galicia, sobre los modelos de reforma del sistema de financiación autonómica. Finaliza el artículo con una serie de recomendaciones.

## II. LA GESTIÓN PÚBLICA Y LOS PRINCIPIOS DE REFORMA DE LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

Una de las cuestiones que más interés genera en el campo de la gestión pública es el modelo de organización territorial del Estado, y en especial, las relaciones económico-financieras entre el Estado y las CC.AA.

Así, hasta la década de los años 70 el sector público español tenía una dimensión muy reducida, gestionando alrededor del 25% del PIB, frente al 40% en la UE. Este resultado se debía a que en nuestro país, la actividad pública se centraba en los sectores tradicionalmente gestionados por el sector público y el control de la actividad privada.

Con el paso del tiempo se ha pasado de un sector público que gestionaba únicamente los servicios públicos básicos (justicia, defensa, seguridad ciudadana y política exterior), a un escenario donde la actividad pública ha ido ganando más peso en políticas de protección y promoción social (pensiones, otras prestaciones económicas, servicios sociales, fomento del empleo, desempleo o acceso a la vivienda), producción de bienes públicos de carácter preferente (sanidad, educación, cultura y atención a la dependencia), actuaciones de carácter económico (agricultura, pesca y alimentación, industria y energía, comercio, industria y

pemes, subvenciones en el transporte, infraestructura e I+D+i), así como actividades públicas de carácter general.

En España, la distribución funcional del gasto por niveles de gobierno pone de manifiesto el diferente reparto de competencias del sector público. La **tabla 1** permite determinar la distribución de gasto medio por niveles de gobierno para el período 2005-2011. Así, la Administración Central es la responsable de la prestación de servicios públicos tradicionales: defensa, política exterior, seguridad ciudadana y administración de justicia de ámbito nacional, aportaciones financieras a otras Administraciones Públicas (AA.PP.) y a la UE y la deuda pública. La Administración Central tiene un importante papel financiador de otras AA.PP., ya que el 40% de su gasto son transferencias. Lo mismo sucede con la carga de la deuda pública, que la soporta especialmente la Administración General del Estado

Las CC.AA. son las responsables de la oferta de bienes y servicios más próxima a los ciudadanos. Así, el 60% de su gasto es para sanidad y educación, mientras que cerca del 12% se destina a servicios económicos, por ejemplo, infraestructura y agricultura.

Las Corporaciones Locales (CC.LL.) formadas por los ayuntamientos y las diputaciones, prestan una oferta de servicios mucho más amplia. El 60% de las actividades realizadas son en materia de seguridad ciudadana, vivienda, servicios comunitarios, actividades culturales, servicios sociales y protección al medio ambiente. Finalmente las prestaciones sociales son gestionadas conjuntamente por la Seguridad Social y las CC.AA.

**Tabla 1: Distribución del gasto público por niveles de gobierno (2005-2011)**

	Estado	CC.AA.	CC.LL.
Gastos de funcionamiento	23%	55%	22%
Inversión Pública	30%	43%	27%
Intereses de la deuda	80%	15%	5%
Prestaciones sociales	Compartida con la Seguridad Social		

**Fuente:** Elaboración propia a partir de datos de Eurostat (2013)

La gestión del gasto debe tener una contrapartida sobre los ingresos. De esta forma, los gobiernos que tienen la capacidad para decidir en qué y cuánto van a gastar, deben tenerla para decidir cuánto van a ingresar. De esta forma el sistema de descentralización impositiva debe garantizar a los gobiernos subcentrales la discrecionalidad suficiente para determinar su nivel de ingresos.

Además, la descentralización impositiva debe evitar movimientos de personas o factores productivos que buscan únicamente pagar menos impuestos. A mismo tiempo debe garantizar equidad, de forma que el tratamiento fiscal debe ser el mismo entre iguales. Así, los gobiernos subcentrales deberían establecer gravámenes sobre aquellas bases imponibles con menor movilidad entre jurisdicciones.

### III. LA CONVENIENCIA DE LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

La conveniencia o no de descentralizar el sector público está muy ligada a las funciones que debe desempeñar. Es decir, habrá determinadas actividades públicas que podrán ser desarrolladas de manera más eficiente por la administración pública central, local, o regional.

Las administraciones regionales (y también las locales) son, por lo general, pequeñas economías con un alto grado de apertura al exterior (hacia regiones más próximas). En consecuencia, los objetivos de estabilización económica serían mejor desarrollados por un sector público centralizado. Por ejemplo, las políticas contracíclicas en situaciones de depresión tendrán efectos expansivos tanto en la localidad que toma tal decisión como en las regiones vecinas, debilitando los beneficios esperados en el seno de la jurisdicción local y, por lo tanto, su utilidad y conveniencia.

Para que las políticas redistributivas sean eficaces es necesario que no exista una gran movilidad de los recursos (capital, trabajo) entre territorios. El grado de movilidad de los recursos entre jurisdicciones del mismo nivel condicionará la conveniencia de aplicar políticas redistributivas con menor o mayor intensidad por cada gobierno. Es desaconsejable que jurisdicciones pequeñas acometan estas políticas ya que se pueden producir ineficiencias en la localización de recursos, empresas e individuos. Por el contrario, los gobiernos centrales estarían en las mejores condiciones para garantizar su éxito.

Por lo que respecta a la utilización de las políticas de gasto con objetivos redistributivos, que también es posible que se oferten a nivel local. Algunos ejemplos pueden ser los comedores escolares o el transporte público urbano.

Diferente es el tema de la asignación de recursos. Los bienes públicos presentan beneficios indivisibles, puesto que son accesibles por igual a todos los ciudadanos. Así, en una administración completamente descentralizada en la que los gobiernos subcentrales asignan bienes públicos locales y estatales, la provisión de bienes públicos estatales sería insuficiente, al tener en cuenta únicamente una pequeña parte de los beneficios en la sociedad. Así, existirían incentivos para que sean otras comunidades las que hagan la provisión, participando gratuitamente del consumo.

En el caso de una administración completamente centralizada, se comprobaría una tendencia a la provisión ineficiente en todo el ámbito geográfico. La provisión eficiente se daría cuando todos los ciudadanos revelasen las mismas preferencias. Por el contrario, la provisión sería ineficiente cuando las preferencias son heterogéneas. En este escenario, con un sistema de gobierno completamente descentralizado es más probable que un bien público local sea provisto y consumido de manera eficiente.

#### **IV. LAS COMPETENCIAS DEL GASTO Y LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL**

La descentralización fiscal en España fue un proceso que se desarrolló en varias etapas, debido al comportamiento del gasto público, basado en tres ejes fundamentales: i) efecto desplazamiento al alza del gasto hasta un nivel similar a la UE; ii) profunda descentralización del gasto y iii) cambios en la naturaleza y composición del gasto, caracterizado por un menor consumo e inversión pública y más transferencias redistributivas y a las empresas.

El proceso de descentralización fiscal se puede plantear en varias etapas:

Primera etapa (1979-1986). La descentralización desde la Administración General a la Administración Autonómica comienza con la aprobación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA). Hasta mediados de los 80 se produce la mayor parte de los traspasos (excepto educación y sanidad para las CC.AA. de la “vía lenta”). Durante este período se llevó a cabo la primera cesión de competencias de gasto a las CC.AA., a la vez que se le transferían los recursos necesarios para financiar las competencias, a través del método del “coste efectivo”. Además, se produce una separación entre los instrumentos destinados al principio de solidaridad y aquellos que aseguraban una financiación suficiente de los servicios públicos transferidos desde la Administración General del Estado (Vaquero, 1997).

En 1983 se procedió a la cesión de algunos tributos del Estado a las CC.AA., aunque el sistema de financiación era especialmente transferencias. En esta primera etapa las CC.AA. alcanzan el 20% del gasto público frente al 45% de la Administración General del Estado.

Segunda etapa (1986-1992). Es el denominado “período definitivo”. Se inicia con el acuerdo del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) en 1986, en el que se establece el método de financiación para el quinquenio 1987-1991. El acuerdo de 1986 viene a prorrogar la lógica del período transitorio, con pequeños retoques en el modelo de financiación (Vaquero, 1997).

A diferencia de la primera etapa, la repercusión presupuestaria de los traspasos fue menor. La principal característica es el mantenimiento de la participación en ingresos del Estado como principal mecanismo de financiación. Además, se le dota de una mayor estabilidad al redefinirse la base de aplicación y unos índices de evolución.

Al final de esta etapa las CC.AA. estabilizan su participación en el gasto en torno al 25%, sin embargo, los problemas de corresponsabilidad fiscal, la necesidad de establecer un conjunto de mecanismos de nivelación financiera y el uso excesivo al instrumento de la deuda quedaron nuevamente sin solución.

Tercera etapa (1992-1996). Con el acuerdo del CPFF de 20 de enero de 1992 se establece un nuevo modelo de financiación para el período 1992-1996. Durante estos años se confirma el modelo anterior y se establece la necesidad de coordinar el endeudamiento autonómico para cumplir las condiciones del Tratado de la UE. En 1993 se produce un importante cambio en la participación de las CC.AA. en los ingresos del Estado, al establecerse la cesión del 15% de la cuota líquida territorializada del IRPF (Vaquero, 1997).

Sin embargo, quedan sin resolver los principales problemas del modelo de financiación de las haciendas autonómicas, en especial, la corresponsabilidad fiscal y las asignaciones de nivelación de servicios públicos esenciales.

Cuarta etapa (1997-2001). Se concede a las CC.AA. capacidad normativa sobre ciertos aspectos del tramo autonómico del IRPF y de los demás impuestos cedidos. A partir de 1999 se produce una segunda gran oleada descentralizadora con el traspaso de las competencias en educación y sanidad a las CC.AA. que aún no las tenían asumidas.

Durante este período se trató de profundizar en la corresponsabilidad fiscal, utilizando el IRPF como tributo compartido entre la Hacienda Central y Autonómica, así como la concesión a los gobiernos regionales de capacidad normativa sobre algunos elementos del tramo autonómico y otros impuestos cedidos.

Quinta etapa (2002-2008). El 1 de enero de 2002 comienza el nuevo sistema de financiación. A diferencia de otros sistemas, éste presenta la característica de su estabilidad en el tiempo, ya que los anteriores tenían una vigencia quinquenal. Además, posee un carácter integrador, al comprender varios bloques de competencias de las CC.AA.: el tradicional (dentro del cual está la educación) y el novedoso (de asistencia sanitaria y de los servicios sociales de la Seguridad Social, que hasta 2001 se financiaban al margen del sistema).

Además se contemplan asignaciones suplementarias a las CC.AA. para garantizar una prestación de los servicios de educación y sanidad sin grandes divergencias entre las CC.AA. y una amplia batería de fondos: renta relativa, desplazados, de compensación interterritorial, etc.

En materia tributaria se amplía el principio de corresponsabilidad fiscal, para mejorar la financiación de las nuevas competencias y se prosigue con la cesión parcial territorializada del IRPF (33%), IVA (35%) y de algunos Impuestos Especiales (II.EE.) en un 40%. También se aprueba la cesión del 100% de la recaudación de los II.EE. sobre la Electricidad, sobre Determinados Medios de Transporte y del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos (IVMDH).

Además, se atribuyen mayores competencias normativas a las CC.AA. sobre algunos de los impuestos cedidos: IRPF, Impuesto sobre el Patrimonio (IP), Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD), Impuestos sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPeAXD) y el IVMDH. Precisamente, en este último se prevé la aplicación de un tipo autonómico y con afectación de la recaudación a la financiación de la sanidad o de actuaciones medioambientales (más conocido como céntimo sanitario).

Sexta etapa (2009- ). Esta comienza con la aprobación de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las CC.AA. de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

En esta etapa los objetivos que se plantean son: i) reforzar las prestaciones del Estado de Bienestar, incrementando los recursos por parte del Estado; ii) aumentar la equidad y la suficiencia financiera, por medio del fondo de garantía de los servicios públicos fundamentales (que tendrá en cuenta variables como la población, superficie, dispersión, insularidad y población protegida equivalente distribuida) y el fondo de suficiencia global; iii) aumentar la autonomía y corresponsabilidad, incrementando la cesión de los porcentajes de cesión de los tributos parcialmente cedidos y el aumento de las competencias normativas y iv) mejorar la dinámica y la estabilidad del sistema y de la capacidad de ajuste a las necesidades de los ciudadanos, por medio de mecanismos de ajuste de los recursos a las necesidades de los ciudadanos y evaluación quinquenal de los resultados del sistema.

Desde una perspectiva cuantitativa la **tabla 2** permite describir la evolución de los presupuestos consolidados iniciales por CC.AA. del régimen común para el período 2002-2011, reflejando los cambios producidos. Se comprueba como en este decenio los presupuestos autonómicos aumentaron su importancia respecto al PIB, al pasar del 12,3% en 2002 al 16,4% en 2011. Sin embargo, el aumento del peso presupuestario no es el mismo en todas las CC.AA., ya que Extremadura (28,5% del PIB) y Andalucía (22,1% del PIB) son las que reflejan una mayor importancia presupuestaria. La situación contraria se da en la Comunidad de Madrid (9,9%) e Islas Baleares (12,8%). La Comunidad Autónoma de Galicia se situaba en 2011 en torno a la media, con un 17,5%, y eso considerando el fuerte descenso del presupuesto en el último año de la serie, a lo que hay que añadir el descenso del PIB regional desde 2009.

**Tabla 2: Presupuestos consolidados iniciales por CC.AA., régimen común (porcentaje del PIB)**

Comunidades Autónomas	2002	2005	2009	2010	2011
Andalucía	19,4	19,5	23,6	23,6	22,1
Aragón	11,1	15,1	18,0	17,6	16,2
Principado de Asturias	12,6	17,3	19,8	20,2	18,9
Islas Baleares	5,8	11,7	13,5	12,9	12,8
Canarias	14,2	14,8	18,5	19,7	16,7
Cantabria	11,1	16,4	18,5	18,4	17,7
Castilla y León	12,9	17,4	18,9	18,8	17,5
Castilla-La Mancha	16,1	22,1	26,8	26,9	24,0
Cataluña	11,0	12,9	15,5	16,9	16,7
Extremadura	20,6	27,1	32,8	31,4	28,5
Galicia	19,3	19,6	21,6	21,3	17,5
Comunidad de Madrid	6,0	9,4	10,6	10,1	9,9
Región de Murcia	9,5	14,2	19,0	18,6	18,0
La Rioja	9,9	14,7	17,0	17,2	16,1
Comunidad Valenciana	12,0	12,2	14,5	14,6	13,9
CC.AA. régimen común	12,3	14,7	17,3	17,5	16,4

**Fuente:** Dirección General de Cooperación Autonómica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2013)

La **tabla 3** permite establecer una comparación entre el presupuesto consolidado por habitante entre las CC.AA. del régimen común. Así, en términos generales, presupuesto por habitante en euros corrientes pasó de los 2.132 por habitante en 2002 a los 3.617 en 2011, lo que refleja un incremento en términos nominales del 69,6% durante este decenio y casi 1.500 euros más en relación al primer año estudiado. Al igual que sucedía al comparar los presupuestos respecto al PIB, se observan diferentes comportamientos por CC.AA. Así, el Principado de Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña y Extremadura son las Comunidades Autónomas que presentan un mayor incremento de este ratio. El comportamiento de la Comunidad Autónoma de Galicia se parece más a la evolución media, al pasar de 2.668 euros por habitante en 2002 a los 3.473 euros en 2011.

**Tabla 3: Presupuestos consolidados iniciales por CC.AA. (euros por habitante)**

Comunidades Autónomas	2002	2005	2009	2010	2011
Andalucía	2.565	3.162	4.096	4.030	3.764
Aragón	2.079	3.368	4.333	4.246	3.935
Principado de Asturias	1.878	3.196	4.141	4.242	4.032
Islas Baleares	1.202	2.729	3.255	3.070	3.052
Canarias	2.353	2.807	3.644	3.832	3.244
Cantabria	1.897	3.371	4.234	4.152	4.047
Castilla y León	2.079	3.449	4.128	4.131	3.930
Castilla-La Mancha	2.228	3.610	4.515	4.583	4.076
Cataluña	2.351	3.191	4.047	4.390	4.379
Extremadura	2.349	3.880	5.233	5.076	4.684
Galicia	2.668	3.347	4.217	4.177	3.473
Comunidad de Madrid	1.401	2.567	3.128	2.974	2.895
Región de Murcia	1.405	2.499	3.551	3.466	3.347
La Rioja	1.916	3.296	4.132	4.195	3.924
Comunidad Valenciana	2.021	2.351	2.894	2.190	2.783
CC.AA. régimen común	2.132	3.021	3.809	3.837	3.617

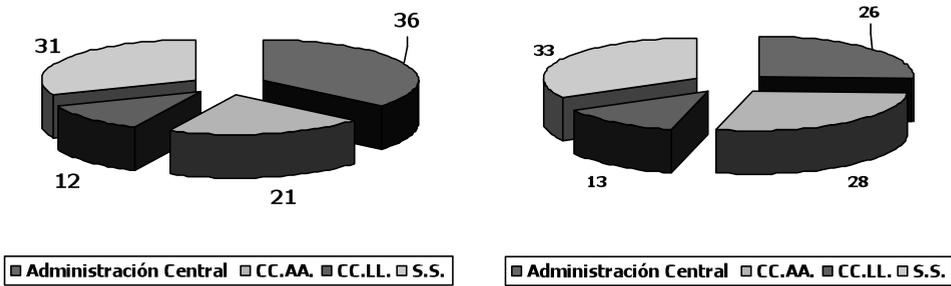
**Fuente:** Dirección General de Cooperación Autonómica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (2013)

## V. ALGUNOS RESULTADOS DE LA DESCENTRALIZACIÓN FISCAL

Las cifras acompañan a la descentralización desde la perspectiva de los gastos (**gráfico 1**). En 1997, la Administración General del Estado gestionaba el 36% del gasto público, que sumado a la participación de la Seguridad Social (31%), alcanzaba dos terceras partes del gasto público total. En ese año las CC.AA. gestionaban el 21% del gasto y las CC.LL. el 12%.

En 2011 los porcentajes anteriores muestran un cambio importante, puesto que la participación del gasto público por parte de la administración central se reduce en 10 puntos, hasta el 26%, aumentando ligeramente la participación de la Seguridad Social (33%) y de las CC.LL. (13%), pero de forma considerable el porcentaje de gestión de las CC.AA. (28%). Por lo tanto, sumando la capacidad de gestión de los gobiernos autonómicos y locales, se obtiene como el 41% es gestionado por las administraciones subcentrales.

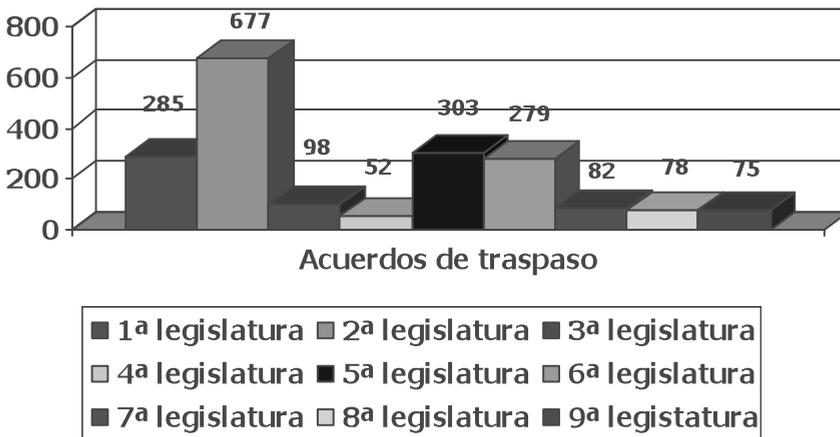
Gráfico 1: Estructura porcentual del gasto público por administración pública (1997 y 2011).



Fuente: IGAE (Varios años)

Lo anterior, sin duda, es fruto de la ingente actividad de los acuerdos de traspasos de competencias desde la Administración General del Estado y las CC.AA, en especial en la segunda, quinta y sexta legislatura, tal y como queda reflejado en el gráfico 2.

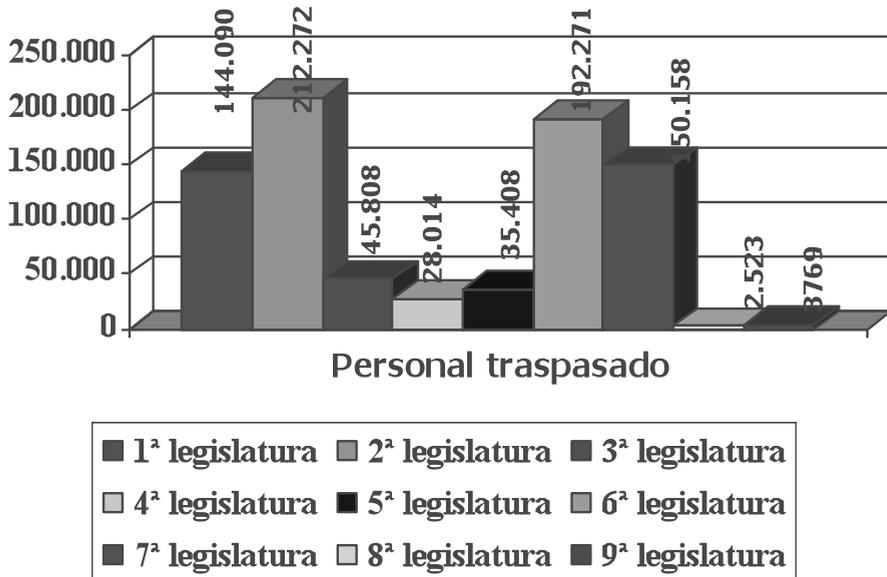
Gráfico 2: Evolución de los acuerdos de traspaso a las CCAA (1979-2011)<sup>3</sup>



Fuente: Gil e Iglesias (2007) y elaboración propia a partir de los acuerdos de traspaso

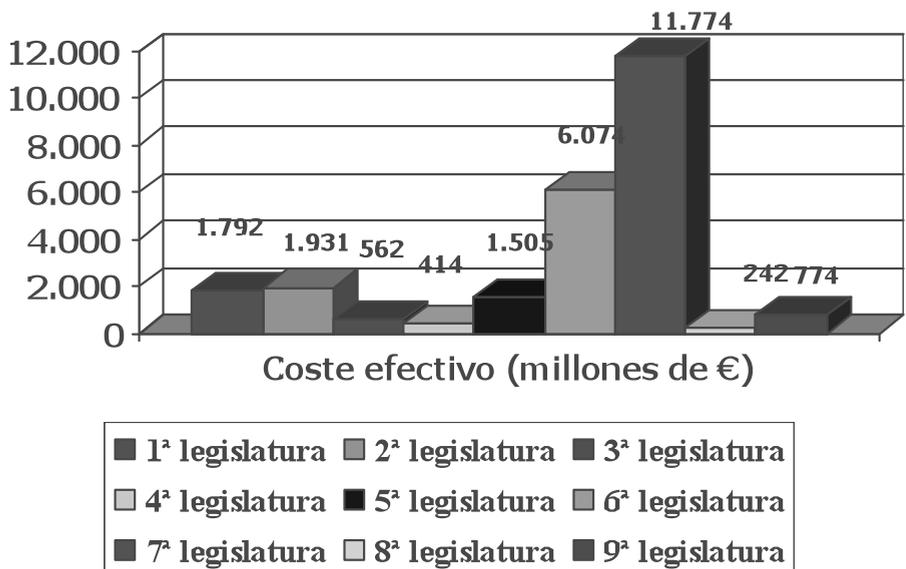
Además de los efectos sobre la gestión del gasto público, el creciente proceso de descentralización trajo consigo un traspaso del personal desde la Administración Central hacia las CC.AA, especialmente en la segunda, sexta y séptima legislatura (gráfico 3) es un aumento de los fondos transferidos en base a dichos acuerdos de traspaso, especialmente en la sexta y séptima legislatura (gráfico 4).

Gráfico 3: Evolución de los efectivos personales de los acuerdos de traspaso a las CCAA (1979-2011)



Fuente: Gil e Iglesias (2007) y elaboración propia a partir de los acuerdos de traspaso

Gráfico 4: La evolución de los fondos transferidos en base a los acuerdos de traspaso a las CC.AA.(en millones de euros)



Fuente: Gil e Iglesias (2007) y elaboración propia a partir de los acuerdos de traspaso

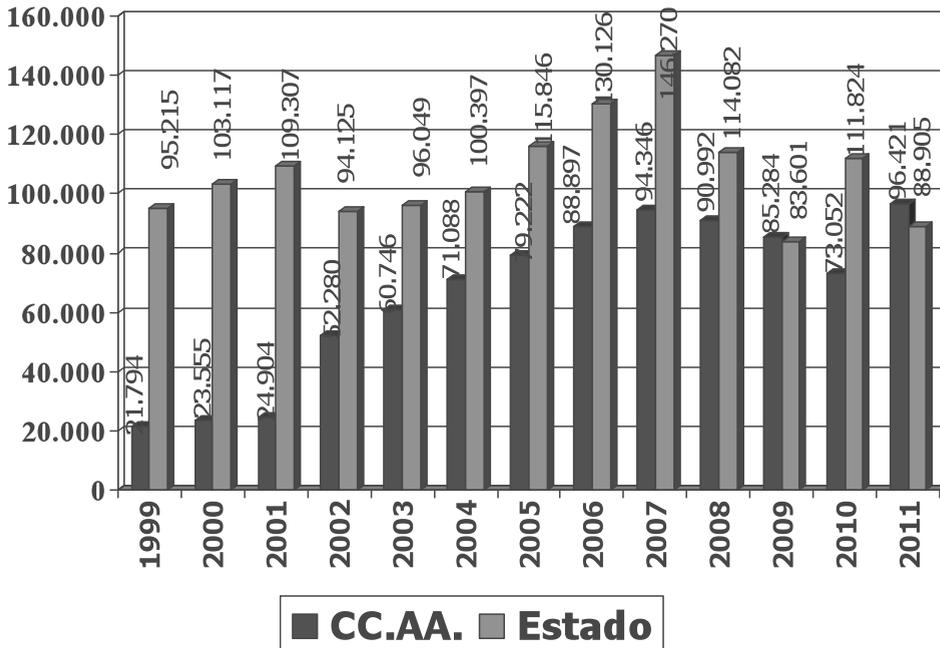
Las CC.AA. no utilizaron de forma significativa la capacidad que confiere la LOFCA para el diseño de una política fiscal diferenciada. Por lo tanto, frente a la rápida descentralización del gasto, la aplicación a los ingresos fue mucho más tardía. Este escaso interés por una política fiscal diferenciada responde a un proceso de competencia fiscal entre las CC.AA., ya que el incremento del gasto autonómico fue financiado principalmente por la vía.

Las posibilidades de creación de tributos se encuentran muy limitadas, ya que no se pueden establecer gravámenes sobre los hechos imponibles sometidos a tributación por el Estado.

En tributos propios la capacidad es bastante escasa y no se aplican recargos sobre los tributos estatales. Lo mismo sucede con la posibilidad de usar la capacidad normativa sobre los tributos cedidos y el tramo autonómico del IRPF, aunque sí para establecer beneficios fiscales a los contribuyentes.

El **gráfico 5** señala la recaudación total para los capítulos I, II y III y la participación de las CC.AA. en los impuestos con recaudación cedida para el período 1999-2011. Como se puede comprobar, el período analizado muestra claramente los cambios en materia fiscal que se traducen en una mayor recaudación de las CC.AA., debido a la cesión de impuestos y, sobre todo, al incremento de la participación en el IRPF y el IVA, superando en 2011 la recaudación autonómica a los ingresos estatales.

**Gráfico 5: Recaudación total, capítulos I, II, III y participación de las CC.AA. en el IRPF, IVA e II.EE. y recaudación del Estado” (en millones de euros)**

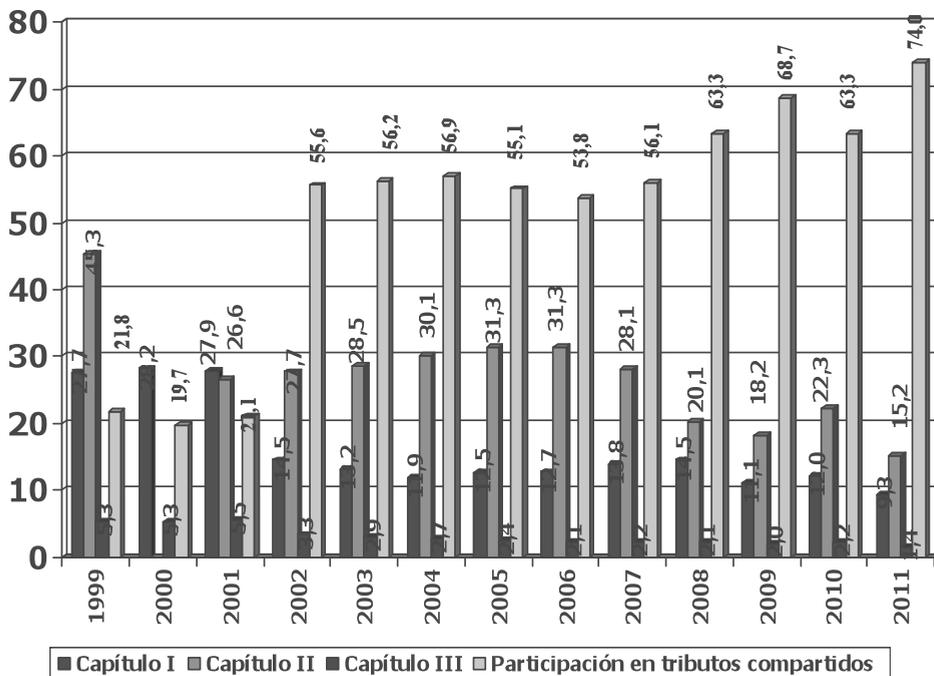


**Fuente:** Memorias de la Administración Tributaria (Varios años). Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

La distribución porcentual de la recaudación total para los capítulos I, II, III y participación de las CC.AA. en el IRPF, IVA e II.EE, queda reflejada en el **gráfico 6**. Como se puede comprobar en 1999 el capítulo I (27,7%) y, especialmente, el capítulo II (45,3%) son las principales fuentes de ingresos. La participación en tributos compartidos supone el 21,8% de los ingresos totales, mientras que el capítulo III únicamente supone el 5,3%. A partir de 2002, con la cesión del 15% de la recaudación territorializada del IRPF a las CC.AA. el porcentaje de participación en tributos compartidos aumenta hasta el 55,6% de la recaudación total, porcentaje que se mantiene hasta 2007. En 2008 se produce un aumento de la participación, consecuencia del incremento de la participación en el IRPF y el IVE. En 2011 de nuevo aumenta la recaudación.

El resto de los capítulos reducen su importancia relativa debido al aumento de la participación de las CC.AA. en los impuestos estatales. Para 2011 los porcentajes relativos alcanzan el 9,3% para el capítulo I, 15,2% para el capítulo II y el 1,4% para el capítulo III.

**Gráfico 6: Recaudación total, capítulos I, II, III y participación de las CC.AA. en el IRPF, IVA e II.EE.(en porcentaje)**



**Fuente:** Memorias de la Administración Tributaria (Varios años). Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

## VI. EL PAPEL DE LAS BALANZAS FISCALES DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DESCENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS

Como ha sido señalado el papel de las transferencias es importante para la financiación de las CC.AA. Para determinar el saldo de la actividad financiera de la Administración Central (incluyendo la Seguridad Social) en un determinado territorio se utilizan las balanzas fiscales. Las balanzas fiscales (Gobierno de España, 2012) suponen un instrumento de información económica que trata de imputar a cada territorio los ingresos y gastos del sector público en un determinado momento para calcular el saldo fiscal (positivo o negativo) territorializado.

Por lo tanto, se trata de medir la diferencia entre los ingresos generados y los gastos realizados por la Administración Central en una determinada Comunidad Autónoma. De esta forma, si el conjunto de la población de un determinado territorio paga una cantidad de impuestos que supera los beneficios que recibe en forma de servicios públicos tiene déficit fiscal. Por el contrario, si los servicios percibidos superan los impuestos satisfechos, el territorio tiene superávit fiscal.

El análisis de las balanzas fiscales no resulta fácil. De hecho, la metodología permite dos aproximaciones: i) método de carga-beneficio y ii) método del flujo monetario, y cada uno de ellos posibilita varios escenarios a partir de los supuestos de reparto.

El primero de ellos consiste en imputar los ingresos en el territorio donde residen las personas que finalmente soportan su carga (incidencia económica), al margen de quien sea y donde residan las personas obligadas legalmente a pagar (incidencia legal). Los gastos se imputan al territorio en que residen las personas a las que van destinados los servicios públicos o las transferencias públicas que financian, al margen del territorio en que se producen los servicios o se pagan tales transferencias. El **gráfico 7** resume los resultados para 2005.

El método del flujo monetario (IEF, 2005, 2008) consiste en que los ingresos tributarios se imputan al territorio donde se localiza la capacidad económica sometida a gravamen (renta, riqueza o consumo). Los ingresos no tributarios se imputan al territorio donde tiene lugar el pago por las unidades que lo realizan. Los gastos se imputan, en el caso de las operaciones de bienes y servicios (consumo final, consumo intermedio y formación bruta de capital) al territorio donde tiene lugar el gasto. En las operaciones de distribución, los gastos se imputan al territorio donde se efectúan (remuneración de asalariados, subvenciones, prestaciones sociales, transferencias corrientes y de capital). El **gráfico 8** resume los resultados para 2005.

Como se puede observar a partir de los modelos anteriores las CC.AA. con un régimen fiscal común que tienen mayor renta per cápita son las que más contribuyen. Las CC.AA. con menor renta per cápita coinciden con las que tienen superávit fiscal.

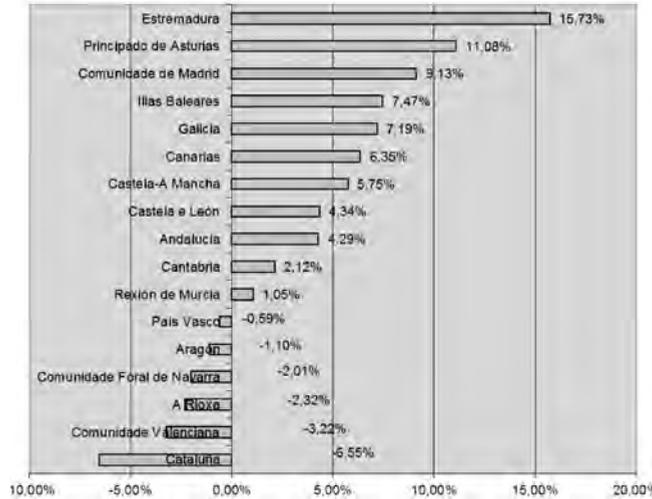
Así, para el método de la carga-beneficio: Extremadura (15,7%), Principado de Asturias (11,1%) y Galicia (7,2%) son las que presentan un mayor beneficio respecto al PIB. La situación contraria se da en la Comunidad de Madrid (-9,1%), Islas Baleares (-7,5%), Cataluña (-6,6%) y Comunidad Valenciana (-3,2%).

Por lo que respecta al método del flujo monetario, Extremadura (17,8%), Principado de Asturias (14,3%), Galicia (8,2%) y Castilla y León (7,6%) son las más beneficiadas. La situación contraria se da en las Islas Baleares (-14,2%), Cataluña (-8,7%), Comunidad Valenciana (-6,3%) y la Comunidad de Madrid (-5,6%). Por lo tanto, aunque la intensidad en función del método sea distinta, se reproduce el reparto entre CC.AA. con saldo positivo y negativo.

Además, es preciso tener en cuenta que los resultados no reflejan equidad, porque sólo constan actuaciones de la Administración Central. Así, el saldo negativo que presentan sistemáticamente algunas CC.AA. ha sido señalado como muestra de la insolidaridad del sistema, de forma que algunas CC.AA. están financiando el gasto de otras. A veces se indica que el resultado negativo

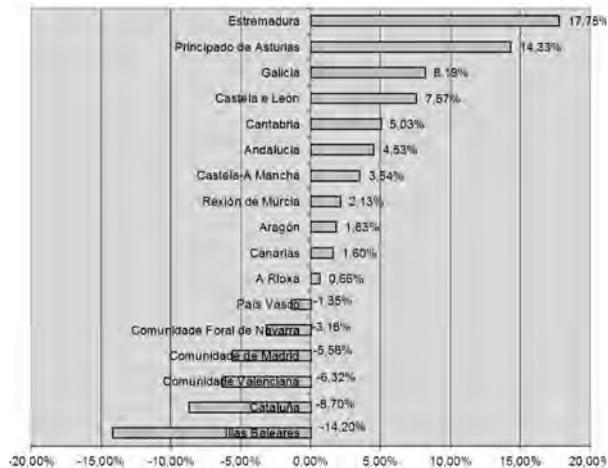
es un saldo fiscal de naturaleza injusta, vinculando este dato al incorrecto diseño del sistema de financiación autonómica del régimen común. Sin embargo, este argumento no es correcto. No se puede identificar el modelo de financiación autonómica con el saldo de la balanza fiscal, ya que como se verá más adelante son cuestiones claramente diferentes.

**Gráfico 7: Balanzas fiscales. Método de la carga-beneficio. Saldo sobre el PIB (2005)**



**Fuente:** IEF (2006) y Gobierno de España (2012). Nota: imputación del impuesto de sociedades en proporción 70/30, y de los intereses de la deuda por población

**Gráfico 8: Balanzas fiscales. Método del flujo monetario. Saldo sobre el PIB (2005)**



**Fuente:** Gobierno de España (2012). Nota: Imputación territorial de la recaudación del impuesto de sociedades, que se lleva a cabo en función de la distribución territorial de la remuneración de los asalariados, del valor añadido bruto y de la inversión en un 33,3%

Lo importante es determinar por qué existen déficits y superávits. Esta situación se debe básicamente a dos razones: i) el funcionamiento automático de las distintas políticas públicas y ii) la decisión de la Administración Central de gastar proporcionalmente más en unos territorios por motivos de necesidad o por razones políticas.

Así, en el caso de una nueva infraestructura, mientras dure la inversión, se obtendrá un saldo más favorable. Una vez finalizada la inversión si se mantiene la corriente de servicios generada por la infraestructura, el saldo fiscal positivo también se mantiene. Además, la situación en un momento que muestra la balanza fiscal de un año determinado, ignora las inversiones que se pudieran haber hecho en años anteriores y que aún está generando esta corriente de beneficios.

La segunda razón que puede justificar el saldo fiscal de las balanzas fiscales es la utilización de diferentes herramientas redistributivas del Estado de Bienestar, tanto desde la perspectiva de los ingresos como desde los gastos.

Desde la perspectiva tributaria el IRPF es un impuesto progresivo, lo que significa que si en un determinado territorio existe un mayor número de personas con rentas elevadas, es lógico que la recaudación sea más alta, pero no significa que el esfuerzo fiscal sea mayor, ya que el impuesto es prácticamente el mismo.

Desde la óptica del gasto público una de las prestaciones que tiene mayor impacto redistributivo son las pensiones. Así, donde existen un mayor número de pensionistas, la Seguridad Social tiene que realizar un mayor esfuerzo. Esto no se debe a que las prestaciones sean de mayor cuantía, sino que se gasta más porque existen más beneficiarios. Lo mismo sucedería con el tratamiento de las prestaciones por desempleo, dependencia, servicios sociales, etc.

La combinación de estos instrumentos provocan que las CC.AA. más ricas, en las que por ejemplo, los niveles de desempleo son menores, contribuyan proporcionalmente más a sostener el presupuesto de gastos y perciban una corriente de beneficios menor. Éste es el mismo esquema que se aplica en el IRPF, que grava la renta obtenida en función de la capacidad económica de los individuos. Por lo tanto, cuando se critica el signo y la cuantía del saldo de la balanza fiscal, lo que se cuestiona es la estructura del Estado de Bienestar y las políticas redistributivas aplicadas.

## **VII. MODELOS DE REFORMA DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA**

El sistema de financiación autonómica de las CC.AA. de régimen común presenta dificultades normativas, especialmente limitaciones prácticas en los tributos propios y una fuerte dependencia de las decisiones ajenas (externalidades verticales<sup>5</sup>). Éstas aparecen cuando un determinado nivel de gobierno no tiene en cuenta los ingresos del resto de los niveles de gobierno en una determinada decisión tributaria. Por ejemplo, los efectos de una modificación de tipos impositivos sobre el importe de una base imponible común.

Por lo tanto, resulta necesario evitar los conflictos entre las diferentes administraciones para favorecer la coordinación fiscal. Además, hay que evitar las prácticas de competencia fiscal perniciosas. Además, es conveniente potenciar la cesión en los ámbitos en los que se pueda ampliar la competencia normativa y que la nueva cesión de competencias favorezca la visibilidad de la autonomía de las CCAA

En materia de tributos propios el espacio fiscal resulta muy reducido, lo mismo que su incidencia recaudatoria. De esta forma existe poco margen de maniobra, a no ser que se reduzcan las limitaciones de la LOFCA en este ámbito (Lago y Vaquero, 2010).

En el campo de los tributos cedidos, si bien se ha mejorado en la ampliación del espacio fiscal, especialmente en el ISD y el IP se pueden introducir mejoras en alguna cesión adicional relacionada con competencias propias de las CC.AA. y, especialmente, en el ámbito medioambiental (Lago y Vaquero, 2010). En relación a la utilización de recargos sobre tributos del Estado se comprueba como su utilización ha sido muy escasa, pero con posibilidades de implantación y especialmente de recaudación (Lago y Vaquero, 2010).

Finalmente conviene indicar que si bien el papel de las transferencias es importante en el esquema de financiación de los gobiernos regionales de régimen común, según los principios del federalismo fiscal, las transferencias no deben ser un componente importante en la financiación de los gobiernos descentralizados. Así, si un gobierno subcentral financia la mayor parte de los gastos mediante transferencias, quien realmente decide cuánto se gasta será el gobierno que concede la transferencia, ya que una parte importante de estos fondos son condicionados.

Las transferencias condicionadas deben utilizarse para la búsqueda de la eficiencia, mientras que las incondicionadas deben orientarse hacia la equidad, en especial reduciendo las diferencias en términos de capacidad fiscal. Por lo tanto, las transferencias no deben ser un elemento esencial de financiación de los gobiernos territoriales al limitar su libertad para determinar el nivel de gasto (Vaquero, 1997).

Por lo que respecta a la Comunidad Autónoma de Galicia, en un momento de consolidación fiscal como el actual, no es recomendable optar por las grandes rebajas de impuestos (Lago y Vaquero, 2010). Optar por un planteamiento de fuertes bajadas tributarias implicaría seguir con más recortes por el lado del gasto. Unido a lo anterior es necesario realizar un debate conjunto entre la administración tributaria regional y la estatal, lo que evitaría medidas tributarias parciales.

Además, la capacidad para introducir cambios impositivos en figuras tributarias en exclusividad para Galicia es limitada. Así, impuestos como el IVA y los II.EE. son gestionados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, con unas CC.AA. que son tan sólo beneficiarias de la recaudación. Lo mismo sucede con el IS y las cotizaciones sociales, que se encuentran plenamente centralizados. Incluso el campo de la reforma fiscal verde sigue estando pendiente de una reforma en profundidad del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (Vaquero, 2006).

## VIII. RECOMENDACIONES

A partir de lo señalado es necesario reformar los mecanismos de financiación de las CC.AA. de régimen común. La solución pasa por introducir un mayor grado de corresponsabilidad fiscal, estabilidad y continuidad en el tiempo.

La descentralización del gasto se ha hecho de forma rápida, pero sin contar con instrumentos fiscales que permitan mantener el gasto sin acudir a las transferencias de la Administración General del Estado. Si bien esta situación se ha ido corrigiendo con el paso del tiempo, especialmente por la participación en la recaudación del IRPF y el IVA, aunque se manifiesta una significativa dependencia de las transferencias del Estado y un limitado poder tributario de las CC.AA.

Además, el sistema presenta ciertas dosis de perversión, porque incentiva a gastar sin preocuparse en exceso por la falta de ingresos, ya que en caso de necesidad de liquidez, se puede pedir ayuda a la Administración General. Ésto genera una peligrosa ilusión fiscal, ya que no parece que haya una excesiva presión fiscal por el lado de las CC.AA., que incluso apuestan por políticas de reducción importantes de tributos. Sin duda el hecho de que los réditos políticos de un mayor gasto sean inmediatos y que el coste se puede trasladar hacia adelante son, en parte, las responsables de esta conducta.

Así, el proceso de descentralización ha sido asimétrico en la vertiente de los gastos frente a los ingresos. En 2014 las CC.AA. de régimen común carecen aún de un grado apropiado de autonomía y de corresponsabilidad fiscal. Lo anterior provocó que las tensiones para conseguir financiación se desviaran hacia la deuda, generando fuertes déficits y una acumulación de cargas.

Por otra parte, es imprescindible que antes de actuar, se evalúen los posibles resultados de las actuaciones. Para ello resulta necesario la realización de un análisis económico de los cambios normativos, cuestión en la que no se ha hecho todo lo que debiera.

Así mismo, es necesaria una mayor coordinación entre las diferentes AA.PP. El volumen y rapidez del proceso de transferencias del gasto ha creado presiones, en ocasiones, duplicando las tareas y competencias.

Unido a lo anterior, se debería garantizar el nivel mínimo de bienes y servicios para todos. La Administración General del Estado deberá dotar a las CC.AA. de los instrumentos necesarios. A partir de este nivel, cada Comunidad Autónoma podría priorizar sus actuaciones en materia de gasto, a través de una mayor autonomía fiscal. Este comportamiento es totalmente lícito e implica una mayor corresponsabilidad de las CC.AA., que es precisamente a donde se debe orientar el sistema de financiación de régimen común.

## IX.- BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) Varios años. *Informe anual de recaudación tributaria*, Madrid, disponible en [http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/datosabiertos/catalogo/hacienda/Informes\\_anuales\\_de\\_Recaudacion\\_Tributaria.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/datosabiertos/catalogo/hacienda/Informes_anuales_de_Recaudacion_Tributaria.shtml) (15-5-2014)
- Consejo de Política Fiscal y Financiera 2009. *Acuerdo 6/2009, de 15 de julio, para la reforma del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas*, disponible en <http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Automatica/Paginas/Acuerdos%20del%20Consejo%20de%20Politica%20Fiscal%20y%20Financiera.aspx> (10-5-2014)
- Dirección General de Cooperación Autonómica, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2013. *Datos estadísticos*, Madrid, disponible en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Estadistica%20e%20Informes/PresupuestosCuentas-publicasysistemasdefinanciacion/Paginas/presupuestosCuentaspublicasysistemasfinanciacion.aspx>
- EUROSTAT Varios años. *Datos estadísticos*, Comisión Europea, Bruselas, disponible en [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/\(15-6-2014\)](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/eurostat/home/(15-6-2014))
- Gil Ruiz, C. e Iglesias, L. 2007. <<El gasto público en España en un contexto descentralizado>>, *Presupuesto y gasto público*, núm. 47, pp. 185-206, Instituto de Estudios Fiscais, Madrid disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu\\_gasto\\_publico/47\\_Gil.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/47_Gil.pdf)(15-5-2014)
- Gobierno de España 2012. *Balanzas fiscales de las CC.AA. con el sector público estatal*, Madrid, disponible en <http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/7799A507-C58E-4572-BE29-EC87EE6CBDDA/89951/150708Balanzasfiscales.pdf> (15-5-2014)
- Intervención General de Administración del Estado (IGAE) Varios años. *Estadísticas e Informes de la Intervención General de la Administración del Estado*, Madrid, disponible en <http://www.igae.pap.minhap.gob.es/sitios/igae/es-ES/CI Estadisticas/Paginas/Estadisticas.aspx> (15-5-2014)
- Instituto de Estudios Fiscais (IEF) 2006. *Informe sobre metodología del cálculo de las Balanzas Fiscales*, Madrid, disponible en [http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/Metodologia\\_BalanzasFiscales.pdf](http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/Metodologia_BalanzasFiscales.pdf) (15-4-2014)

- Instituto de Estudios Fiscales (IEF) 2013. *Badespe, Base de Datos Económicos del Sector Público Español*, Madrid, disponible en <http://www.estadief.meh.es/> (1-5-2014)
- Ministerio de Hacienda 2008. *Las balanzas fiscales de las CC.AA. españolas con las AA.PP. centrales*, Madrid, disponible en <http://www.minhap.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Varios/BalanzasFiscalesCCAA.pdf> (1-4-2014)
- Lago, S. e Vaquero, A. 2010. <<As finanzas da Xunta de Galicia: Análise e propostas>>, *I foro económico de Galicia*, Ourense, disponible en <http://www.foroeconomicodegalicia.es/reuni%C3%B3ns-do-foro/i-foro/documentos/> (1-4-2014)
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2011. *Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2000-2010*, disponible en [http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas\\_Recaudacion.aspx](http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas_Recaudacion.aspx) (5-4-2014)
- Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas 2012. *Recaudación y estadísticas del sistema tributario español 2000-2011*, disponible en [http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas\\_Recaudacion.aspx](http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Impuestos/Direccion%20General%20de%20Tributos/Paginas/Estadisticas_Recaudacion.aspx) (5-3-2014)
- Vaquero, A. 1997. <<El proceso de financiación de las Comunidades Autónomas: Problemas y limitaciones>>, *Gaceta Fiscal*, núm. 151, pp.144-161.
- Vaquero, A. 2006. <<Conclusiones y clausura del seminario sobre financiación del estado de las autonomías a la vista de las reformas estatutarias: problemas y soluciones>>, *Seminario de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo*, Pontevedra, xullo.
- Vaquero, A. 2014. <<Novos modelos de financiamento das Administracións Públicas ante os cambios políticos e administrativos>>, *XI Xornadas Sociedade e Dereito*, Ourense (en prensa),

## NORMATIVA

- Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (LOFCA), disponible en <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-21166> (15-5-2014)
- Ley Orgánica 3/2009, de 18 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-20374> (15-5-2014)
- Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, disponible en [http://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-20375](http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-20375) (15-5-2014)
- Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y ciudades con estatuto de autonomía, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-24962> (15-5-2014)

## NOTAS

1. Las CC.AA. de la vía rápida son las del artículo 141 de la Constitución Española: Cataluña, País Vasco, Galicia y Andalucía. Las CC.AA. de la vía lenta son el resto.
2. Esta técnica consistió en calcular el coste derivado de las transferencias de la descentralización, por medio de la suma de los costes directos, indirectos y la inversión de conservación, mejora y sustitución.
3. 1ª legislatura: 1979-1982; 2ª legislatura: 1982-1986; 3ª legislatura: 1986-1989; 4ª legislatura: 1989-1993; 5ª legislatura: 1993-1996; 6ª legislatura: 1996-2000; 7ª legislatura: 2000-2004; 8ª legislatura: 2004-2007 e 9ª legislatura: 2008-2011
4. As externalidades verticales se producen cuando varias administraciones aplican tributación sobre la misma base.



DAVID SOTO OÑATE\_(davidsoto@uvigo.es)\_Investigador predoctoral del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Vigo, España

# El componente estructural del capital social

O compoñente estrutural do capital social

*The Structural Component of Social Capital*



**&Resumen:** Numerosos trabajos dedicados al capital social, especialmente los más recientes, se tienden a centrar exclusivamente en su dimensión cultural, destacando valores, creencias y actitudes como sus principales rasgos. Sin embargo, en los orígenes de la formación del concepto sí se hacía constante referencia a su esencia estructural. El presente artículo pone de relieve este componente estructural y la necesidad de tenerlo en consideración para el análisis tanto de su propia constitución como de sus efectos y su reproducción a lo largo del tiempo.

**&Palabras clave:** capital social, economía política, cultura, estructura social, desarrollo económico, rendimiento institucional.

**&Abstract:** A large number of works devoted to social capital, especially the most recent ones, tend to focus exclusively on its cultural dimension, emphasizing values, beliefs, and attitudes as its main features. However, in the origins of the concept, constant reference was made to its structural essence. The present article highlights this structural component and the need to take it into account for the analysis of its own constitution, its effects, and its reproduction over time.

**&Keywords:** social capital, political economy, culture, social structure, economic development, institutional performance.



## I. INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas hemos asistido al surgimiento y consolidación del concepto de capital social como variable de interés económico y político. Las aproximaciones más conocidas consisten en indicadores de confianza generalizada, participación en asociaciones, la presencia extendida de determinados valores o normas considerados cívicos y la orientación hacia los asuntos políticos. Se ha estudiado su impacto sobre una amplia variedad de asuntos, como el desarrollo económico (Knack y Keefer, 1997; Zak y Knack, 2001; Beugelsdijk et al., 2004; Beugelsdijk y van Schaik, 2005), tamaño de las organizaciones (La Porta et al., 1997), desarrollo del sistema financiero (Guiso et al., 2004), funcionamiento de las instituciones políticas (Putnam et al., 1993; Mota y Subirats, 2000), rendición de cuentas de las élites políticas (Boix y Posner, 2000; Nannicini et al., 2013), acumulación de capital humano (Coleman, 1988; Goldin y Katz, 1999), nivel de criminalidad (Glaeser et al., 1995; Rosenfeld et al., 2001), difusión de tecnología (Barr, 1996; Conley y Udry, 2010).

El esfuerzo de los investigadores del capital social desde el primer momento ha ido encaminado a clarificar y dar forma a un concepto que todavía hoy sigue siendo confuso. Aunque se han hecho grandes avances desde entonces, Solow (1999), que no dudaba de la importancia del concepto, afirmaría que hasta el momento sólo había visto “ideas vagas y empirismo casual”. Ahn y Ostrom (2002) consideran que el escepticismo de los más críticos con el programa de investigación no es totalmente injustificado, y consideran que un paso clave para hacer el concepto menos confuso será definirlo adecuadamente, distinguirlo de las otras formas de capital, identificar sus propias formas, aclarar el significado de cada una de sus formas, establecer relaciones causales entre ellas y sus consecuencias, desarrollar mejores medidas y diseñar estudios empíricos más sólidos para comprobar las teorías del capital social. Este trabajo está orientado en esta dirección.

La demostración de su importancia había llegado antes que una definición clara y sólida del término. Como referencia fundamental se sitúa el influyente *Making Democracy Work* de Putnam et al. (1993), donde fundamenta en términos de capital social la divergencia en rendimiento político y económico de las regiones del norte y del sur de Italia. Unas regiones que al comienzo del siglo XX partían de condiciones económicas similares. Sostenían en su estudio que las comunidades mejor dotadas en términos de capital social eran más capaces de aprovechar las oportunidades económicas y políticas que se les brindaban. Putnam et al. (1993:236) identificaban el capital social con “determinadas características de la organización social, como la confianza, las normas y las redes, que puedan mejorar la eficiencia de la sociedad facilitando las acciones coordinadas”. Esta definición es generalmente aceptada aunque sigue siendo objeto de nuevos matices por otros autores. Según Dasgupta (2003), esta definición que Putnam ofrece nos obliga a amalgamar conceptos inconmensurables, como creencias, reglas conductuales, lazos interpersonales, etc. sin ofrecer un indicio de cómo todo ello puede ser conectado. Sostiene además que todo esto no puede ser mezclado y que debemos tratar sus componentes por separado para poder entender qué son y cómo se relacionan.

Alejandro Portes (2006) revisaba los orígenes de la sociología para poner de relieve algunos elementos que siempre estuvieron presentes en esa tradición pero que la ciencia económica estaba pasando por alto en su estudio de las instituciones. Sugería que era preciso, al menos a efectos analíticos, establecer una separación entre la esfera simbólica o cultural y la esfera material o estructura social de una sociedad. Dentro del ámbito cultural se encuentran los “elementos simbólicos esenciales para la interacción humana, la comprensión mutua y el orden [...] es la esfera de los valores, de los marcos cognitivos y del conocimiento

acumulado”. La dimensión material se compone de “personas reales que desempeñan roles ordenados en una escala jerárquica de algún tipo [...] es la esfera de los intereses individuales y colectivos, respaldados por diferentes cantidades de poder”.

En el programa de investigación del capital social podemos encontrarnos con definiciones que destacan sólo elementos esencialmente simbólicos. Para Solow (1999) son esas “cosas como la confianza, la disposición y la capacidad de cooperar y coordinarse, y el hábito de contribuir al esfuerzo común, incluso si nadie está mirando”. Guiso et al. (2011) consideran que el capital social es “capital cívico, es decir, aquellos valores y creencias compartidos y persistentes que ayudan a un grupo a superar los problemas del *free rider* a la hora de acometer actividades socialmente valiosas”. Esta perspectiva les llevó a calificar al capital social simplemente como “buena” cultura (Guiso et al., 2008). Tabellini (2010) identifica también el capital social únicamente con rasgos culturales que fomentan la cooperación.

Sin embargo, las primeras definiciones de capital social tendían a reconocer su componente estructural. La primera mención explícita es probablemente la de J. L. Hanifan (1916) que consideraba que el capital social es “eso en la vida que tiende a construir esa substancia tangible con la que cuenta la mayor parte de la vida cotidiana de un pueblo, a saber, la buena voluntad, el compañerismo, la mutua simpatía y las relaciones sociales entre un grupo de individuos y familias que conforman una unidad social”. Ya en un período más reciente Pierre Bourdieu lo definiría como “el agregado de los recursos reales o potenciales que se vinculan con la posesión de una red duradera de relaciones más o menos institucionalizadas de conocimiento o reconocimiento mutuo” (Bourdieu, 1985:248). Para James Coleman (1988), el capital social “no es una simple entidad sino una variedad de diferentes entidades, con dos elementos en común: todas consisten en algún tipo de estructura social y todas facilitan ciertas acciones de los actores —sean personas o corporaciones— dentro de tal estructura”. Nan Lin (1999) define el capital social como recursos incorporados a las redes sociales, accesibles y utilizados por los actores para las acciones recíprocas. En este sentido, Krishna y Uphoff (1999) desglosan el capital social en dos categorías principales:

- Formas cognitivas, que predisponen a los individuos hacia lo que ellos llaman *Mutual Beneficial Collective Action* (MBCA), sobre la base de normas compartidas, valores, actitudes y creencias, “lo que crea y refuerza la interdependencia positiva de funciones de utilidad (altruismo) y apoya el MBCA”.
- Formas estructurales: facilitan la MBCA a través de los roles establecidos y las redes sociales complementadas por reglas, procedimientos y precedentes. Esto reduce los “costes de transacción, coordinación, esfuerzos, creación de expectativas, haciendo ciertos resultados más probables y proveyendo seguridad sobre cómo actuarán los demás”.

Numerosos trabajos dedicados al capital social se centran exclusivamente en su dimensión simbólica, destacando fundamentalmente el papel de creencias, actitudes y valores. Sin menoscabo de la importancia de este componente cultural, este artículo trata de destacar la importancia de no desprenderse de la estructura material en el estudio del capital social.

El trabajo se organiza de la siguiente manera. En el siguiente apartado se trata el componente estructural del concepto en sí de capital social. Nos interesamos por los efectos de este componente estructural sobre el rendimiento institucional y sobre el desarrollo económico en los apartados 3 y 4, respectivamente. El apartado 5 reflexiona sobre el papel de la estructura social en la reproducción del capital social. El apartado 6 cierra el artículo con algunas consideraciones finales.

## II. EL COMPONENTE ESTRUCTURAL DEL CAPITAL SOCIAL

Decía el sociólogo James Coleman (1988) que el concepto de capital social surgía para conciliar dos enfoques bien extendidos del estudio social. El primero de estos enfoques era el que dominaba en la sociología, donde se explicaba el comportamiento de los individuos de una sociedad como altamente determinado por la constricción del hecho social. El otro enfoque es el individualismo metodológico, más propio de economistas, que parte de la base de que “todos los fenómenos sociales (su estructura y su cambio) son en principio explicables sólo en términos de individuos (sus propiedades, sus objetivos y sus creencias)” (Elster, 1982). La intención de Coleman es la de importar el principio de racionalidad del individualismo metodológico economista y extenderlo al análisis de los sistemas sociales sin descartar la influencia de la organización social en el proceso.

De manera similar, Granovetter (1985) desarrollaba su concepto de *embeddedness* o inserción social en un lugar intermedio entre la infrasocialización del individuo económico y la sobresocialización del individuo sociológico. Granovetter, sociólogo económico procedente del análisis de redes, presenta al individuo racional como inserto en una estructura de redes e instituciones que darán forma a la estructura de incentivos. Esta formalización del hecho social permite dar cuenta de cuestiones tan fundamentales como el *enforcement* social o la introducción y acumulación de normas, costumbres y soluciones a problemas recurrentes, que quedan en el acervo de la sociedad aun tras la desaparición de los individuos que las ayudaron a crear.

Dasgupta (2003) asegura que los compromisos basados en lo que se llama capital social ocurren en algún lugar de la mesoestructura que se forma entre el individuo y el Estado. Considera que el capital social ha de ser identificado con redes interpersonales y que su interacción a nivel mesoestructural se traduce en un desempeño macroeconómico de mayor complejidad que una simple agregación de las operaciones microeconómicas.

En este apartado se profundiza sobre algunos aspectos de la topografía de la estructura social—como la extensión de las redes sociales, la existencia de clubs cerrados, la verticalidad u horizontalidad de la estructura o la distribución de poder— que han sido considerados parte del concepto de capital social y se ofrecen algunos ejemplos recogidos en la literatura.

### A. Redes sociales

Las redes sociales pueden definirse como un conjunto bien delimitado de actores —individuos, grupos, organizaciones, comunidades, sociedades globales, etc. vinculados unos a otros a través de una relación o un conjunto de relaciones sociales (Lozares, 1996). Gran parte de los autores de la literatura del capital social hacen referencia explícita a las redes sociales como componentes esenciales del concepto.

La teoría de redes tiene un extenso campo fértil en el ámbito del capital social. Wellman (1983) afirma que las relaciones sociales estructuradas son una fuente más poderosa de explicación sociológica que los atributos personales de los miembros de un sistema. La idea central consiste en que el análisis no se construye tanto a través de las categorías sociales o atributos individuales como a través de los lazos o vínculos entre actores.

Según Dasgupta (2003), el capital social es más útil si se ve como un sistema de redes interpersonales y añade a la contabilidad del capital social no sólo las redes sociales creadas sino la capacidad de crear nuevos lazos, y el alcance y la fortaleza con los que se crean. Putnam et al. (1993) conceden un considerable peso a las redes de compromiso cívico dentro del capital social. Sostienen que la existencia de estas redes aumentan los costes del oportunismo, fomentan normas robustas de reciprocidad y facilitan el flujo de información.

Pero no sólo la extensión de las redes ha de ser tenida en cuenta, también otras características estructurales como la existencia de subgrupos o clubs, la concentración-dispersión de recursos que conceden poder y la verticalidad-horizontalidad de la estructura social son dimensiones de importancia fundamental.

## B. Clubs y redes segregadas

Durlauf y Fafchamps (2005) recurren al concepto de clubs para explicar la relación entre las redes y el capital social. Redes y clubs son conceptos diferentes que tienen que ver con la estructura de los lazos entre los agentes. Una red “describe las situaciones más complejas en las cuales los agentes individuales están relacionados solamente a otros agentes, no todos”. Sin embargo un *club* se considera un “grupo cerrado y finito”, donde existe una vinculación de identidad y confianza del agente individual con los miembros en su conjunto. Según Durlauf y Fafchamps, la perfecta confianza generalizada dentro de una sociedad “correspondería al caso en el que todos los agentes pertenecen a un único club (o una red completa de relaciones interpersonales) y se confía en todos los miembros”. Con respecto a esto, Putnam (2000) distingue entre dos tipos de capital social: *bonding* —que une-, dentro de un club, y *bridging* —que tiende puentes-, que afecta o crea lazos que se establecen con gente que es considerada de otro *club*.

Según Boix y Posner (2000), habría que hacer distinción entre las comunidades con *redes segregadas* y con *redes no segregadas*. En las comunidades con redes segregadas —es decir, donde las redes no se superponen— la creación de capital social puede aumentar la cooperación en el seno de estas redes pero obstaculizarla en el conjunto de la comunidad. Este tipo de estructura puede crear problemas serios de convivencia. Un tema recurrente cuando se trata el capital social es el de si siempre sus efectos son benignos sobre la sociedad y se citan ejemplos como el Klu Klux Klan o la Mafia. Estas organizaciones son estructuras esencialmente jerárquicas, basadas en relaciones de dependencia y están unidos por un sentimiento de identificación —un capital social tipo *bonding*, como diría Putnam— pero en una actitud segregadora. La dimensión identidad/alteridad y cuestiones derivadas de la distancia generalmente percibida entre *nosotros* y los *otros* en una sociedad habría de ser una variable más presente a la hora de estudiar el capital social. Pérez-Díaz (2000) lo ha llamado capital social *incivil*, es decir, aquel sentimiento fuerte de club que impide la colaboración ágil con otros miembros de la comunidad y que además puede generar externalidades negativas (Fukuyama, 2000).

Platteau (2000) distinguía entre moralidad limitada y moralidad generalizada. La moralidad limitada ocurre cuando la honestidad, la confiabilidad y los códigos de buena conducta se aplican únicamente dentro del club, permitiéndose el oportunismo fuera de tal grupo. Un estudio empírico de referencia es el de Banfield (1967), que identifica la presencia extendida del llamado familiarismo amoral en cierta región del sur de Italia, a la cual considera responsable del retraso que sufre la comunidad. Esta distinción entre moralidad limitada y moralidad generalizada es sólo entendible introduciendo el concepto de identidad, que es el que genera estos clubs dentro de una comunidad más amplia.

## III. EL COMPONENTE ESTRUCTURAL DEL CAPITAL SOCIAL Y EL RENDIMIENTO INSTITUCIONAL

La vocación de Putnam et al. (1993) era fundamentalmente el estudio del rendimiento institucional. El trabajo se localiza abiertamente dentro de la perspectiva de la Cultura Política

asociada al trabajo de Almond y Verba (1963). Esta literatura se interesaba por el tipo de contexto social que haría rendir las instituciones políticas democráticas y las haría sostenibles en el tiempo. Putnam et al. (1993) descubren un poderoso vínculo entre el rendimiento institucional y la comunidad cívica: “algunos gobiernos regionales han alcanzado sistemáticamente más éxito que otros, han sido más eficaces en su funcionamiento interno, más creativos en sus iniciativas políticas, más efectivos en la implementación de dichas iniciativas [...] [y estas diferencias han sido] ampliamente reconocidas por los electores de los gobiernos regionales, tanto por los ciudadanos corrientes como por los líderes comunitarios [...] Algunos lugares están mejor gobernados que otros, incluso cuando los gobiernos en cuestión cuentan con estructuras [formales] idénticas y recursos legales y financieros equivalentes” (Putnam et al., 1993:126).

Parte de este éxito se debe a cuestiones esencialmente estructurales. Sostienen, que “la igualdad es una característica esencial de la comunidad cívica” y que “la efectividad del gobierno regional está estrechamente relacionada con el grado en que la autoridad y el intercambio social en la vida de la región están organizados horizontal o jerárquicamente” (Putnam et al., 1993:154). Reconocen que aunque encuentran una alta correlación positiva de la igualdad de renta con el rendimiento institucional (0,81), al controlar por su variable de civismo desaparece la significatividad, pues “la multicolinealidad ensombrece los resultados”.

En cuanto a cómo esa capacidad cívica se traduce en gobiernos más eficientes, creativos y eficaces, Boix y Posner (2000), proponen cuatro modelos donde se entremezclan factores simbólicos y materiales:

- Votantes racionales y élites competitivas. Democracia perfectamente competitiva, donde los votantes, que están bien informados y se movilizan rápidamente, castigan a aquellos representantes políticos que son incompetentes. Por ejemplo, en un estudio empírico, Nannicini et al. (2013) demuestran la alta relación entre el nivel de capital social y el nivel de rendición de cuentas —*accountability*— de las élites políticas.
- Eficiencia burocrática. El capital social incrementa la eficacia y la eficiencia institucional dado el alto nivel de capacidad para trabajar juntos burocracia y ciudadanos. Si el capital social facilita el compromiso y la cooperación, una burocracia cívica producirá un mejor funcionamiento gubernamental.
- Virtud cívica. Supone que el capital social afecta a la propia naturaleza —ética— de las demandas articuladas por los ciudadanos.
- Capital social y cooperación entre élites. El grado en que las élites políticas pueden buscar o bien objetivos particularistas o, por el contrario, llegar a pactos consociales puede estar en función del grado de capital social que tienen tanto ellos como las comunidades que representan.

Por otro lado, es de sobra reconocido el papel de la distribución de poder para el cambio institucional (Knight, 1992; Portes, 2006; Acemoglu et al. 2005). Sin embargo, también es crucial para que los agentes puedan forzar el cumplimiento por parte de un actor y prevenir el *free-riding*. Esta función del capital social fue calificada por Portes (1998) como *control comunitario*. Ostrom (1995) ofrece ejemplos de cómo sistemas cooperativos eficaces colapsan tras la intervención externa, generalmente el Estado, al desestabilizar la distribución de poder. El cumplimiento de normas puede estar dependiendo en buena medida no sólo de la buena voluntad de los actores sino de la capacidad de reacción de la red, que va en función de su poder para penalizar al *free-rider*. De este modo, la estructura social condiciona la producción de normas apropiadas, legítimas y autosostenibles.

#### IV. EL COMPONENTE ESTRUCTURAL DEL CAPITAL SOCIAL Y EL RENDIMIENTO ECONÓMICO

Hoff y Stiglitz aseguraban que ya no se concibe el “desarrollo como un proceso de acumulación de capital, sino más bien como un proceso de cambio organizacional” (Hoff y Stiglitz, 2001:390). Ellos ven la “sociedad como una organización, en la cual el intercambio y la producción están mediados no solamente por los mercados sino por una serie de arreglos formales e informales”. En el apartado 2 se introducía el concepto de *embeddedness*, popularizado por Granovetter (1985), que ve los actores económicos y políticos como insertados y constreñidos dentro de una estructura de relaciones sociales. El capital social emerge como concepto fundamental para el estudio del desarrollo económico en la medida en la que todos sus componentes hacen referencia a la organización social.

En la literatura se tiende a destacar el clásico efecto positivo de los factores simbólicos del capital social —creencias, valores, confiabilidad y confianza generalizada— sobre el desarrollo económico por medio de la reducción de los costes de transacción y agencia y de una mayor facilidad para la cooperación. Sin embargo, hay otros efectos reconocidos que parten directamente de factores estructurales. En este apartado nos centramos en cómo elementos de la dimensión material pueden afectar al desempeño económico.

Redes y clubs en el funcionamiento de mercados deficientes y difusión tecnológica

Las redes sociales y los clubs facilitan la búsqueda de relaciones de tipo social, económico o político. Durlauf y Fafchamps (2005) cuentan que esto es especialmente evidente en ausencia de un mercado eficiente, ilustrándolo con una comparación entre el mercado de valores y el mercado de trabajo en Estados Unidos. Mientras en el mercado de valores, un vendedor y un comprador pueden ponerse ágilmente de acuerdo para el intercambio, en el caso del mercado laboral no existe tal institución eficaz en la que circule información tan precisa y actualizada sobre los trabajos ofertados y demandados. En ausencia de un mercado laboral tan eficiente, las relaciones interpersonales desempeñan un papel importante en la canalización de la información, siendo una gran proporción la de contratos que se materializan a raíz de una recomendación personal o el boca-a-boca (Granovetter, 1975).

El capital social ha resultado un concepto clave para el estudio del desarrollo económico de países del Tercer Mundo, siendo las estructuras y asociaciones locales un ingrediente fundamental en las estrategias de desarrollo rural. Según Grootaert y Bastelaer (2002), el capital social afecta al desarrollo económico en los países en desarrollo fundamentalmente a través de facilitar transacciones entre individuos, hogares y grupos por tres razones: primero, porque la participación por parte de los individuos en las redes incrementa la disponibilidad de información y reduce sus costes; segundo, porque la participación en las redes sociales y actitudes de confianza mutua hacen más fácil para cualquier grupo alcanzar decisiones colectivas; y tercero, porque estas redes y actitudes reducen el comportamiento oportunista de los miembros de la comunidad.

Grootaert (2001) demuestra la virtud que tiene el capital social para el alivio de la pobreza, pues esa mayor interacción social produce una mayor capacidad para el apoyo mutuo, la cooperación en provisión de crédito, en gestión de recursos forestales o en la implementación de programas de servicios de salud. La manera en que el asociacionismo local desempeña su función útil se basa, asegura, en tres mecanismos: el intercambio de información entre sus miembros, la reducción del comportamiento oportunista y la facilidad para la toma de decisiones colectiva.

Barr (1996) analizó la diversidad de las fuentes de información usadas por las redes de productores de manufacturas de Ghana y encontró que cuanto más diversa era la red social, mayor era la productividad de las empresas. Las minorías étnicas, normalmente extranjeras, tenían redes mucho más diversas que las que tenían las empresas poseídas por individuos de raza negra. Tenían una mayor productividad, y ello se explicaba completamente por la mayor diversidad de sus redes. Conley y Udry (2010), también en Ghana, demostraron que la rentabilidad de la producción de piñas de un granjero dependía de la red local de información, y que esta diferencia entre redes determinaba una divergencia tecnológica entre áreas con similares condiciones —propiedades del suelo, clima, topografía, etc.

## B. Redes y clubs en el *enforcement* social

Dasgupta (2003) reconoce cuatro tipos de situaciones por las que las partes de un acuerdo podrían esperar que la otra mantenga lo previsto:

1. *Mutual affection*. En el grupo cuidan unos de otros y les importa su bienestar.
2. *Pro-social disposition*. Las partes son honorables y es conocido por todos tal honorabilidad. Su integridad le lleva a cumplir *motu proprio* aún en ausencia de afecto.
3. *Mutual Enforcement*. El acuerdo es reforzado mutuamente a través de un sistema de sanciones ante comportamientos desviados.
4. *External Enforcement*. Existe una tercera parte externa que se encarga de reforzar el acuerdo.

Tiene sentido pensar que la menor presencia de capital social obliga a recurrir a estructuras último tipo. Sin embargo, en presencia de altos niveles de capital social existe una mayor integridad y un mayor respeto a las normas comunes y se incrementan los costes potenciales para un infractor debido al control comunitario. Durlauf y Fafchamps (2005) entendían la *identidad de grupo* como un factor trascendente para el cumplimiento de las instituciones, pues las sanciones sociales y la culpabilidad derivadas de violar un pacto o una norma o no cumplir con las expectativas de la gente con la que uno se identifica tienen un alcance más profundo.

El juego del ultimátum, es especialmente útil para explicar cómo se produce este *enforcement* social. En el juego del ultimátum hay dos jugadores; el jugador 1 recibe una cantidad y se le pide que la reparta a su conveniencia entre ambos. Si el otro jugador acepta el reparto, los jugadores se llevan lo que el jugador 1 ha decidido distribuir; si no lo acepta, los dos pierden sus cantidades. Este juego no se repite, por lo que no hay posibilidad de represalia por parte del jugador 2. El resultado esperado por la lógica más simple del principio de racionalidad neoclásico sería que el individuo 2 aceptará cualquier cantidad mayor que 0, por lo que el jugador 1 —que es racional y considera que el otro también lo es— tenderá a distribuir la mayor cantidad posible para sí mismo que deje al jugador 2 con una cantidad positiva para que acepte. El resultado experimental demuestra que un entendimiento tan simple del principio de racionalidad no se corresponde con la naturaleza social del ser humano. En la práctica, el jugador 1 tiende a distribuir cantidades equitativas *motu proprio* y el jugador 2 tiende a vetar las que no sean así (Güth, Schmittberger y Schwarze, 1982). Es consecuente con otros experimentos donde castigar a los *free-riders* cuesta incluso más que el beneficio de provocar una conducta íntegra (Fehr y Gächter, 2000). La violación de normas a las que todos están sujetos —normas tácitas de reciprocidad, en este caso— no quedan impunes, pero no sólo con motivo de corregir el comportamiento futuro de

*free-riders* potenciales —pues el juego no se repite— sino como una penalización visceral a conductas socialmente indeseables.

### C. Verticalidad-horizontalidad de la estructura social

La verticalidad-horizontalidad en las estructuras sociales puede tener enormes implicaciones para el resultado económico sectorial o regional. Putnam et al. (1993:246) afirman que las redes de compromiso cívico representan una intensa interacción horizontal y que cuanto más densas sean estas redes, más probable será que los ciudadanos sean capaces de cooperar en beneficio mutuo. Añaden que una red esencialmente vertical, por muy densa e importante que sea para sus participantes, no puede sostener la confianza y la cooperación social. Los flujos de información serán menos fiables y en caso de imponer unas normas de reciprocidad es menos probable que sean coherentes, aceptadas o interiorizadas y, por lo tanto, eficientes (Putnam et al., 1993:248). En el apartado 5 se profundizará más sobre el papel de factores estructurales en la reproducción del capital social.

Granovetter (2002) revisa algunos estudios comparados de sociología económica que se centran en cómo el modo en el que están estructuradas las relaciones en una sociedad tiene un gran impacto en la economía. Saxenian (1994) presenta como causa principal del rápido progreso tecnológico de Silicon Valley en comparación con la Ruta 128 —conocidas regiones industriales de alta tecnología en Estados Unidos— la apertura de sus redes sociales y una estructura más horizontalmente organizada, atravesando las tradicionales fronteras empresariales. El relato comparativo de Saxenian pone de manifiesto el carácter central tanto de las redes sociales como de particularidades culturales en la diferencia de resultados económicos entre ambas regiones industriales.

Por otra parte, Locke (1995) analiza el resultado de la reestructuración de plantilla en las décadas de los setenta y ochenta de los dos mayores fabricantes italianos de automóviles, Fiat y Alfa-Romeo, que por aquel entonces tenían sus sedes en Turín y Milán, respectivamente. El proceso de reestructuración de Alfa-Romeo, aunque fue más largo, tuvo un desenlace mucho más beneficioso tanto para las partes como para la comunidad en general. Locke expone cómo la forma en la que se configuraban las asociaciones en las regiones de Milán y de Turín, y, en concreto, los agentes económicos y políticos involucrados, determinaron el proceso y el resultado de la operación. La relativa horizontalidad de la estructura y la leve concentración de los poderes de Milán contrastaban con la polaridad estructural de Turín, donde se organizaron dos poderosos bloques enfrentados y sin vínculos mediadores de suficiente solidez e independencia.

## V. ESTRUCTURA EN LA REPRODUCCIÓN DEL CAPITAL SOCIAL

Una cuestión de fundamental importancia es la forma en la que el capital social se reproduce o se contrae a lo largo del tiempo. Los factores estructurales de nuevo parecen desempeñar un rol clave para explicarlo. En este apartado veremos algunos ejemplos sobre la relación de la configuración estructural de una comunidad y la reproducción del capital social.

### A. Redes sociales

Brehm y Rahn (1997), en un estudio empírico encuentran evidencias para sostener que, aunque existe una relación retrocausal, la participación cívica es más capaz de extender la confianza que la confianza de extender la participación cívica. Es por esto que Putnam et al.

(1993) le dan tanta importancia a las asociaciones civiles, pues inculcan en sus miembros los hábitos de cooperación, solidaridad, espíritu público y, como señala Tocqueville, provoca que “los sentimientos y las ideas se renueven, el corazón se ensanche, y la comprensión se desarrolle sólo por la recíproca acción de los hombres entre sí” (Tocqueville, 1840). Lo que implica que la participación en asociaciones de compromiso cívico influye en la reproducción del capital social a través de extender las redes sociales, fomentar la integridad e incrementar el stock de normas de reciprocidad y convenciones.

### B. Clubs y redes segregadas

Ya apuntábamos anteriormente que las comunidades con redes segregadas y moralidad limitada pueden obstaculizar la reproducción del capital social en el conjunto de la comunidad. No obstante, según Durlauf y Fafchamps (2005), las redes segregadas y los clubs también tienen a menudo consecuencias distributivas dado su carácter discriminador. Si los beneficios económicos se acumulan dentro de una red social o club, aquellos que quedan excluidos de ella se ven excluidos también de tales beneficios. Los clubs representan grandes obstáculos a la equidad cuando restringen sus actividades a su grupo específico o cuando no se aceptan nuevos miembros. Si, como aseguran Putnam et al. (1993), la igualdad es una característica fundamental de la comunidad cívica, la segregación de la red podría estar afectando también de este modo a la reproducción.

### C. Verticalidad-horizontalidad de la estructura social

También se ha argumentado que la dimensión verticalidad-horizontalidad de la organización juega un papel fundamental en la reproducción del capital social. Boix y Posner (2000) aseguran que las organizaciones verticales se basan en relaciones de dependencia y autoridad, no de mutualidad —no entre iguales—, por lo que tienen una capacidad muy limitada de generar normas de reciprocidad y confianza social. Son las organizaciones horizontales las que afectan positivamente al capital social, creando esa confianza que *lubrica* las conexiones de las redes sociales para que fluya la cooperación.

Pero la verticalidad parece que no sólo no ayuda a producir confianza generalizada, sino que también la dificulta. Boix y Posner (2000), hablando de una sociedad polarizada, sostienen que “entre agentes desiguales la cooperación es particularmente problemática porque siempre habrá incentivos por una de las partes para abandonar cualquier sistema basado en pautas cooperativas”. Putnam et al. (1993) aseguran que “la igualdad es una característica esencial de la comunidad cívica” y que “a diferencia de las más igualitarias y cooperativas comunidades cívicas, la vida en una comunidad verticalmente estructurada, y horizontalmente fracturada, produce justificaciones diarias para los sentimientos de explotación, dependencia y frustración, especialmente en los peldaños más bajos del escalafón social, pero también en niveles algo más altos”. Knack y Keefer (1997), además de considerar que existen evidentes razones teóricas para esperar una consistente relación negativa entre la desigualdad y los niveles de capital social, demuestran empíricamente una fuerte influencia de este tipo.

Portes (2006) destacaba la relación de la distribución de poder con la creación de valores. Es frecuente el caso en el que una élite que concentra suficiente poder, lo usa para promover cierto tipo de valores dentro de la comunidad. En sus propias palabras, “las élites que controlan los recursos que confieren poder tratan de estabilizar y perpetuar su posición moldeando los valores de modo que la masa de la población sea persuadida de la ‘justicia’

del orden existente”. De ahí que la persistencia en bajos niveles de participación cívica pueda estar dependiendo en buena medida de una distribución de poder concentrada, que se resiste con todos sus medios a abandonar su posición privilegiada. En este sentido, Tabellini (2010), indagando sobre los orígenes históricos de ciertos rasgos culturales relacionados con el capital social, argumenta que “un régimen autocrático y corrupto que sobrevive gracias a una fuerte jerarquía de privilegios y que subyuga a la población con el uso arbitrario de la fuerza [...] promoverá la desconfianza hacia los desconocidos, [...] un sentimiento de impotencia y resignación”; siendo el caso contrario un lugar “donde los emprendedores productivos o comerciantes participan abiertamente en la organización política de la sociedad, el imperio de la ley es respetado y la autoridad suprema es restringida por controles y contrapesos”.

## VI. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha ofrecido argumentos para la recuperación del componente estructural en el estudio del capital social. La extensión de las redes sociales, la segregación de la comunidad en grupos cerrados y excluyentes, la distribución de poder y la verticalidad u horizontalidad de la estructura social se presentan como elementos de peso y no desligables de los componentes simbólicos del capital social.

Se han repasado algunas de las referencias fundamentales de la literatura, que originalmente destacaban el papel central de la estructura social a la hora de definir el capital social. También se han puesto de relieve las trascendentales implicaciones de los factores estructurales sobre el rendimiento institucional y el desempeño económico, que a menudo quedan eclipsadas por definiciones basadas casi por entero en la confianza generalizada. Finalmente, se destacó la necesidad de recurrir a los componentes estructurales para la comprensión de la reproducción del capital social.

Los estudios empíricos sobre el origen histórico del capital social arrojan luz sobre el modo en que se acumulan de manera sostenida estos recursos de tipo simbólico, se extienden las redes de compromiso cívico y se transforma la topografía de la estructura. Putnam et al. (1993) y otros autores (Guiso et al., 2008; Tabellini, 2010) se han centrado en factores históricos de tipo político para explicar las trayectorias comparativas de capital social entre regiones o países europeos. Aunque a menudo se utilicen instituciones formales clave como *proxies* de toda la organización de la sociedad en un momento histórico, estas características son difícilmente desvinculables de la esfera material. Es también probable que junto con los elementos culturales esté persistiendo también o evolucionando de manera *path-dependent* la estructura social. De modo que dentro de eso que se ha venido a llamar legado cultural de las instituciones políticas formales debemos considerar también elementos de la esfera material. Próximos estudios podrían ir encaminados a dilucidar el papel de la estructura social como factor de persistencia de las diferencias en capital social y sus efectos políticos y económicos.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. et al. 2005 «Institutions as a Fundamental Cause of Long-Run Growth», en P. Aghion y S. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth*. Amsterdam: North-Holland.
- AHN, T.K. y Ostrom, E. 2002 «Social capital and the second generation theories of collective action: an analytical approach to the forms of social capital», *Annual Meeting of the American Science Association*.
- ALMOND, G.A. y Verba, S. [1963] 1970. *Cultura cívica: estudio sobre la participación política democrática en cinco naciones*. Madrid: Euramérica.
- BARR, A. 1996. *Entrepreneurial Networks and Economic Growth* (Disertación doctoral). Oxford: Oxford University.
- BEUGELSDIJK, S. et al. 2004 «Trust and economic growth: a robustness analysis», *Oxford Economic Papers*, 56:118-134.

- BEUGELSDIJK, S. y van Schaik, T. 2005 «Social capital and growth in European regions: An empirical test», *European Journal of Political Economy*, 2: 301-324.
- BOIX, C. y Posner, D. 2000 «Capital social y democracia», en *Revista Española de Ciencia Política*, 1(2): 159-185.
- BOURDIEU, P. 1985 «The forms of capital», en J.G. Richardson (comp.), *Handbook of Theory and Research for the Sociology of Education*. Nueva York: Greenwood.
- COLEMAN, J.S. 1988 «Social Capital in the Creation of Human Capital», *American Journal of Sociology*, 94: 95-121.
- CONLEY, T.G. y Udry, C.R. 2010 «Learning about a New Technology: Pineapple in Ghana», *American Economic Review*, 100(1): 35-69.
- DASGUPTA, P. 2003 «Social Capital and Economic Performance: Analytics», en E. Ostrom y T.K. Ahn (eds.), *Foundations of Social Capital*. Cheltenham: Edward Elgar.
- DURLAUF, S.N. y Fafchamps, M. 2005 «Social Capital», en P. Aghion y S.N. Durlauf (eds.), *Handbook of Economic Growth*. Amsterdam: North-Holland.
- ELSTER, J. 1982 «Marxism, Functionalism, and Game Theory: The Case for Methodological Individualism», *Theory and Society*, 11: 453-482.
- FEHR, E. y Simon G. 2000 «Cooperation and Punishment in Public Goods Experiments», *American Economic Review*, 90: 341-369.
- FUKUYAMA, F. 2000 «Social Capital and Civil Society», *IMF Working Papers*, No. 74.
- GLAESER, E.L. et al. 1995 «Crime and Social Interactions», *The Quarterly Journal of Economics*, 111(2): 507-548.
- GOLDIN, C. y Katz, L. 1999 «Human Capital and Social Capital: The Rise of Secondary Schooling in America, 1910—1940», *Journal of Interdisciplinary History*, 29: 683-723.
- GRANOVETTER, M. 1975. *Getting a Job: A Study of Contacts and Careers*. Chicago: University of Chicago Press.
- GRANOVETTER, M. 1985 «Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness», *American Journal of Sociology*, 91(3): 481-510.
- GRANOVETTER, M. 2002 «A theoretical Agenda for Economic Sociology», en M. Guillén, R. Collins, P. England y M. Meyer (eds.), *The New Economic Sociology: Developments in an emerging Field*. New York: The Russell Sage Foundation.
- GROOTAERT, C. 2001 «Does Social Capital Help the Poor? A Synthesis of Findings from the Local Level Institutions Studies in Bolivia, Burkina Faso, and Indonesia», *Local Level Institutions Working Paper N° 10*, World Bank.
- GROOTAERT, C. y van Bastelaer, T. 2002. *Understanding and Measuring Social Capital: A Multi-Disciplinary Tool for Practitioners*. Washington: World Bank.
- GUIISO, L. et al. 2004 «The role of Social Capital in Financial Development», *American Economic Review*, 94(3): 526-556.
- GUIISO, L. et al. 2008 «Social Capital as Good Culture», *Journal of the European Economic Association*, 6(2-3): 295-320.
- GUIISO, L. et al. 2011 «Civic Capital as the Missing Link», en J. Benhabib, M.O. Jackson y A. Bisin (eds.), *Handbook of Social Economics* (Volume 1A). Amsterdam: North-Holland.
- GÜTH, W. et al. 1982 «An experimental analysis of ultimatum bargaining», *Journal of Economic Behavior & Organization*, 3(4): 367-388.
- HANIFAN, L.J. 1916 «The Rural School Community Centre». *Annals of the American Academy of Political and Social Sciences*, 67: 130-138.
- HOFF, K. y Stiglitz, J.E. 2001 «La teoría económica moderna y el desarrollo», en G.M. Meier y J.E. Stiglitz (eds.), *Fronteras de la economía del desarrollo: el futuro en perspectiva*. Washington, D.C.: Banco Mundial y Alfaomega.
- KNACK, S. y Keefer, P. 1997 «Does Social Capital Have an Economic Payoff? A cross-country Investigation», *Quarterly Journal of Economics*, 112 (4): 1251-1288.
- KNIGHT, J. 1992. *Institutions and Social Conflict*. New York: Cambridge University Press.
- KRISHNA, A. y Uphoff, N. 1999. *Mapping and Measuring Social Capital: A Conceptual and Empirical Study of Collective Action for Conserving and Developing Watersheds in Rajasthan, India*. Washington, D.C.: World Bank.
- LA PORTA, R. et al. 1997 «Trust in Large Organizations», *American Economic Review*, 87(2): 333-338.
- LIN, N. 1999 «Building a network theory of social capital», *Connections*, 22(1): 28-51.
- LOCKE, R.M. 1995. *Remaking the Italian Economy*. Ithaca: Cornell University Press.
- MOTA, F. y Subirats, J. 2000 «El quinto elemento: el capital social de las comunidades autónomas. Su impacto sobre el funcionamiento del sistema político autonómico», *Revista Española de Ciencia Política*, 1(2): 123-158.
- NANNICINI, T. et al. 2013 «Social Capital and Political Accountability», *American Economic Journal*, 5(2): 222-50.

- PORTES, A. 1998 «Social Capital: Its Origins and Applications in Modern Sociology», *Annual Review of Sociology*, 24:1-24.
- PORTES, A. 2006 «Instituciones y desarrollo: una revisión conceptual», *Cuadernos de Economía*, 25(45): 13-52.
- PUTNAM, R.D. et al. [1993] 2011. *Para que la democracia funcione: las tradiciones cívicas en la Italia moderna*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- PUTNAM, R.D. 2000. *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon & Schuster.
- ROSENFELD, R. 2001. «Social Capital and Homicide», *Social Forces*, 80(1): 283-310.
- SAXENIAN, A.L. 1994. *Regional Advantage: Culture and Competition in Silicon Valley and Route 128*. Cambridge: Harvard University Press.
- SOLOW, R. 1999. «Notes on Social Capital and Economic Performance», en P. Dasgupta e I. Serageldin (eds.), *Social Capital: A Multifaceted perspective*. Washington, D.C.: The World Bank.
- TABELLINI, G. 2010 «Culture and Institutions: Economic Development in the Regions of Europe», *Journal of the European Economic Association*, 8(4): 677-716.
- TOCQUEVILLE, A. ([1840] 2000): *Democracy in America*. Chicago: University of Chicago Press.
- WELLMAN, B. 1983 «Network Analysis: Some Basic Principles», en R. Collins (ed.), *Sociological Theory*. San Francisco: Jossey-Bass.
- ZAK, P.J. y KNACK, S. 2001 «Trust and Growth», *Economic Journal, Royal Economic Society*, 111(470): 295-321.

## NOTAS

---

1. Para Emile Durkheim, el hecho social es el conjunto de “formas de obrar, pensar y sentir, exteriores al individuo y [que] están dotadas de un poder de coacción en virtud del cual se le imponen” (Durkheim, 1895).

JESÚS AMADOR VALDÉS DÍAZ DE VILLEGAS\_(jesus.valdes@ibero.mx)\_Dpto. de Estudios Empresariales de la Universidad Iberoamericana, México

# Releyendo la teoría económica de Marx: un concepto posmarxista del dinero



Relendo a teoría económica de Marx: un concepto posmarxista do diñeiro

*Rereading Marx's Economic Theory: a Post-Marxist Concept of Money*

**&Resumen:** Los procesos especulativos generados hacia el interior de las economías industrializadas, principalmente la economía de Estados Unidos, y el estallido de la crisis de la crisis financiera del 2008, es una muestra concreta de la necesidad de analizar las causas que son generadoras de la irracionalidad especulativa en el mundo monetario financiero. La crisis muestra que existen planteamientos teóricos que han sido superados y el FMI, ha llamado a la investigación y mecanismo que ayuden a formular políticas económicas que den la posibilidad de mayor estabilidad. Por tanto el objeto de nuestro estudio es explicar conceptualmente el dinero actualmente con el uso de la metodología de Marx, de tal forma que se pueda contribuir a un mayor control de los procesos especulativos en el mundo financiero, reduciendo los efectos que estos grandes desequilibrios llamados crisis financieras han provocado sobre el bienestar.

**&Palabras claves:** valor, dinero, circulante, inflación, interés, tipo de cambio.

**&Abstract:** Speculative processes generated into industrialized economies, mainly the U.S. economy, and the outbreak of the crisis in the financial crisis of 2008, is a concrete example of the need to analyze the causes which generate speculative irrationality financial and monetary world. The crisis shows that there are theoretical approaches that have been overcome and the IMF, has called mechanism research and help formulate economic policies that give the possibility of greater stability. Thus the object of our study is to explain conceptually the money currently using Marx's methodology, so as to contribute more speculative process control in the financial world, reducing the effects that these great crises calling imbalances have caused financial welfare.

**&Keywords:** value, money, current, inflation, interest, exchange rate



## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas de interés permanente en la teoría económica tiene que ver con el dinero y la política monetaria, importancia determinada en parte por la posición que esto ocupa, hoy, en la coordinación de políticas, como resultado del proceso de globalización y lo que se conoce como estabilidad macroeconómica.

La globalización trajo consigo un gran desarrollo de la industria financiera y los flujos de capital a nivel internacional condicionaron una alta complejización de las relaciones económicas entre países. Convirtiéndose este fenómeno económico financiero en uno de los elementos más importantes para el funcionamiento de las economías subdesarrolladas y en particular las emergentes por las fallas estructurales que existen hacia el interior de las mismas. Comprender su naturaleza, continua siendo una necesidad para la explicación de varios procesos y fenómenos del mundo actual.

La exteriorización de la contradicción interna de la mercancía, en la obra de Marx, es el punto metodológico, que conduce al estudio de las formas del valor de cambio: forma relativa y forma equivalencial. Formas contradictorias en sí mismas, que en su desarrollo lógico histórico, fundamentan el surgimiento del dinero y su definición. El dinero en la teoría de Marx es considerado, como el resultado de un proceso de evolución y desarrollo de una relación social de una producción específica y constituye una mercancía con un valor de uso especial: servir de equivalente a todas las demás mercancías.

El análisis del capítulo I del Tomo I de “El Capital”, ofrece una definición clara de cuatro etapas lógicas históricas, que están asociadas al desarrollo de la producción social y a la profundización de la División Social del Trabajo. Estas etapas ofrecen una explicación histórica del surgimiento del dinero.

Conceptualmente, durante la época de Marx y con posterioridad a él, el dinero es igual al oro. Pero la literatura neomarxista hace pensar que la evolución del dinero se detuvo en lo que se denominó —dentro del método histórico materialista—, de análisis de la economía: forma dinero. Esta interpretación que puede considerarse como una forma dogmática y apartada del propio método de Marx, es una de las grandes limitaciones neomarxistas, para poder proyectar el concepto del dinero en las nuevas condiciones y fundamentar muchos de los nuevos fenómenos y proceso que ocurren en la actividad monetaria financiera.

El estudio del dinero dentro de un enfoque posmarxista, permite presentar una visión alternativa de interés tanto para analizar la actividad económica financiera doméstica, tener una visión más clara de los factores que provocaron en un momento histórico determinado el agotamiento de los sistemas financieros, mostrar las causas generadoras de frecuentes crisis financieras en el sistema internacional y de los grandes desequilibrios macroeconómicos que vive una inmensa cantidad de países dentro del sistema.

Desde el punto de vista histórico la observación evolutiva de los sistemas monetarios domésticos e internacionales y el desarrollo histórico de los mismos, muestran la importancia y significado del estudio del dinero. El paso del sistema Patrón Oro, al sistema monetario entre guerras, al sistema monetario Bretton Woods y por último al régimen de tipos cambios flotantes, son una confirmación del surgimiento de otras etapas del desarrollo de las formas del valor de cambio, determinadas por el desarrollo de la producción material bajo su forma de organización mercantil y una confirmación de la complejidad del proceso de cosificación de las relaciones sociales de producción o lo que también se denomina fetichismo mercantil.

El análisis del patrón, por su definición, estructura y funcionamiento está estrechamente relacionado con el concepto de dinero que se ofrece en la teoría de Marx: el concepto

de mercancía dinero. El patrón oro fue el sistema monetario financiero internacional, que existió entre 1870-1914 y en él se puede observar la existencia de una cierta coincidencia en su funcionamiento, con la forma teórica dada por C. Marx al explicar el dinero como el resultado evolutivo de las relaciones sociales de producción, tesis fundamentada en el estudio de la evolución de la formas relativa y equivalencial del valor de cambio a nivel de sistema.

Por su parte, el Sistema Bretón Woods muestra históricamente el desarrollo de una nueva etapa de evolución de la forma dinero en sí misma, donde solo queda una moneda vehicular a nivel mundial equivalente a 35USD = 1 onzas de oro. Pero este sistema también trajo consigo un nivel superior de fetichización, al establecer las demás divisas una equivalencia fija con relación al dólar estadounidense y no con el oro directamente<sup>1</sup>. No es casual, por tanto, que el proceso de finiquito de este sistema como resultado de los cambios que se producían en el contexto internacional, generara en un inicio un proceso de anarquía internacional en el funcionamiento de la actividad monetaria en las grandes potencias, cuyas decisiones a largo plazo redundaron en otros problemas de alta complejidad en el mundo económico financiero internacional como lo constituyó la llamada crisis de la deuda externa.

La base de la evolución y desarrollo de las relaciones sociales de producción capitalista, han conducido a la profundización de la enajenación monetaria, materializada en complejos procesos especulativos a nivel doméstico e internacional que han provocado profundas crisis de carácter financiero y que expresan la necesidad de restablecer los equilibrios, ante conceptos imaginarios que se apartan de la realidad. La especulación como una forma irracional de obtención de utilidades sin una generación real de valor en el mundo material, se ha convertido en la práctica en una regularidad en el funcionamiento de los mercados en la globalización, que en determinados momentos rebasa los marcos jurídicos institucionales donde se desarrollan los mercados, al erigirse en una factor que contrarresta los efectos de la tendencia decreciente de las cuotas de ganancias en las grandes economías globales.

El proceso de evolución y desarrollo de las relaciones sociales de producción capitalistas, conducen a preguntas de interés teórico-práctico. ¿Ha dejado de ser el dinero una mercancía? ¿Cómo definir el dinero en el mundo moderno? No obstante, el oro continúa siendo una reserva monetaria de importancia y en épocas marcadas por las profundas crisis financieras donde la incertidumbre se erige como un comportamiento en búsqueda de cierta racionalidad, se ha convertido en el commodity<sup>2</sup> refugio por excelencia (Valdés; J: 2009, p. 65).

Analizar y estudiar el dinero desde una postura posmarxista, es de interés teórico-práctico por:

1. La inflación todas las escuelas consideran que es un problema puramente monetario. Entonces lograr una comprensión del dinero es buscar una acción de solución no solo a corto plazo, sino también a largo plazo, en los establecimientos escenarios de estabilidad macroeconómica. La importancia radica en que la inflación es un problema que afecta a los individuos en su bienestar.
2. El profundizar en el conocimiento del dinero mejorará el diseño de políticas económicas públicas, aspecto que puede propiciar un mejor entorno para el crecimiento de la empresa en particular y de la economía nacional en lo general.

La hipótesis fundamental del trabajo sustenta que el dinero sigue siendo el resultado de una evolución de las formas del valor. El dinero en sí mismo no ha dejado de ser mercancía y la incompreensión del concepto por la complejidad del proceso de fetichización de las relaciones sociales de producción capitalista, ha sido un obstáculo para el diseño de políticas económicas racionales y estructuradas que minimicen los efectos negativos de las crisis en la época de la globalización.

La importancia del tema en el orden teórico-práctico, por su significado para el establecimiento de políticas económicas, determina en sí mismo el objeto de estudio de este trabajo: explicar conceptualmente el dinero actualmente con el uso de la metodología de Marx, de tal forma que se pueda contribuir con ideas que den un mayor control de los procesos especulativos en el mundo financiero, reduciendo los efectos que estos grandes procesos de recomposición violenta de los equilibrios, llamados crisis financieras han provocado sobre el bienestar. Por tanto, se parte de los enfoques actuales sobre el dinero, para poder volver al concepto de dinero dado por Marx y sobre esta base construir el concepto posmarxista que permita una interpretación alternativa en este contexto teórico conceptual.

Por la amplitud del tema se han establecido en este trabajo tres direcciones fundamentales de análisis: la primera tiene que ver con el concepto del dinero, los planteamientos desarrollados por las escuelas tradicionales actuales y una propuesta teórica sobre la definición contextualizada del dinero con el empleo de la metodología utilizada por Marx; la segunda parte tiene que ver con los tipos de interés y el crédito, por la relación directa al concepto del dinero y la importancia que tiene en la definición de políticas económicas y el comportamiento del ciclo económico y, por último, se realiza un análisis del tipo de cambio por su incidencia en la estabilidad macroeconómica y en la dinámica del sector externo de las economías.

El estudio cuantitativo lo hemos reducido, por la propia finalidad que busca el trabajo, a las variables PIB de México y Estados Unidos,  $M_2$  de los Estados Unidos y la tasa de interés de equilibrio de la economía mexicana. La utilización del PIB y de  $M_2$  de los Estados Unidos, respondió a las condiciones de ser la mayor economía del mundo con una participación del 25% en el PIB mundial; mientras los datos de la economía mexicana sirven de base de comparación en el análisis de los tipos de interés y los tipos de cambio.

El interés fundamental del estudio es incentivar el desarrollo de actividades investigadas en esta dirección, por la necesidad ante los nuevos retos que ha situado la crisis económica iniciada en el 2007 ante la generalización y bursatilización de los llamados créditos subprime y la ineficacia de las políticas económicas para evitar los desastres ocurridos hacia el interior de muchas economías que influyen en el comportamiento de las tendencias de la economía mundial.

## II. DEFINICIONES ACTUALES DEL DINERO

En la teoría económica se pueden encontrar diversas definiciones de dinero. Paul Samuelson y William D Nordhaus, en su libro "Economía" definen al dinero, como todo aquello que constituye medio de pago (Samuelson; 1993, p. 601). Este autor acepta que en un principio el dinero constituyó una mercancía, pero en su evolución se transforma en papel dinero y cuentas corrientes, que constituyen instrumentos que son aceptados como medios de pago para la compra de bienes y servicios. Este concepto es compartido por casi todo los teóricos modernos, incluyendo a P. Krugman y a Dornbusch y Fisher, que en el libro "Macroeconomía", aceptan la definición de Samuelson y añaden que el dinero tiene una función central de servir de determinante del ingreso y el empleo (Dornbusch; 2008, p. 220).

El dinero como determinante del ingreso y del empleo es una tesis que ha estado presente en todo el pensamiento económico clásico desde la aparición del segundo tomo de "El Capital", donde se estudian los modelos de producción y realización del capital social y la teoría keynesiana, que se considera como la base de la teoría macroeconómica moderna. Tanto Marx como Keynes consideraron que es imposible llevar a cabo un proceso de reproducción ampliada (o lo que Keynes denomina efecto multiplicativo de la inversión), sin

que se produzca un proceso de adelanto de dinero a la circulación para la adquisición de los factores necesarios para la creación de bienes y servicios<sup>3</sup>.

Para Samuelson y William D. Nordhaus, P. Krugman, Dornbusch, Fisher y seguidores, el dinero cumple, por tanto, tres funciones:

- Medio de pago.
- Depósito de valor.
- Unidad de cuenta.

Teóricamente, la explicación de la evolución del dinero considera la definición del dinero, mercancía ajustada a un momento histórico donde el medio de pago era un bien y en particular este bien era fundamentalmente un metal precioso como el oro, la plata o el cobre (Krugman; 2007, p. 323). En este caso se están considerando dos valores de uso de los metales preciosos: el primero como medio de pago; el segundo como cosas que van a satisfacer otras necesidades humanas.

Lo interesante en la teoría económica moderna es que el papel moneda como representante legal del dinero se explicaba como “dinero signo respaldado como mercancía”, es decir, un medio de pago que tenía un valor, que se garantizaba con el compromiso de que los bancos emisores podían canjearlo por oro en cualquier momento (Krugman; 2007, p. 323). Aspecto que se sitúa como diferencia fundamental con el dinero en la actualidad, de acuerdo a la teoría moderna. Dos aspectos son necesarios tener presentes en esta definición:

- Se parte de una posición metodológica donde el mercado es considerado como un hecho a-histórico. Por consiguiente el valor de uso, como propiedad de la mercancía se analiza al margen de la categoría valor y se considera como una categoría a-histórica, es decir, no se comprende que el valor de uso es como forma propia de manifestación del valor y parte intrínseca de las relaciones sociales de producción, lo que lo convierte también en una propiedad históricamente determinada.
- No se explica la necesidad del surgimiento del dinero, ni su evolución histórica, la cual solo se instituye como resultado de un análisis empírico y sin conexión, lo que no permite ver aspectos de interés en la formulación de las políticas públicas para la búsqueda de estabilidad macroeconómica.

Sustentado en los aspectos teóricos ofrecidos por la teoría moderna el Fondo Monetario Internacional describe al oro como un activo financiero<sup>4</sup> para el que no existen pasivos financieros correspondientes. El oro monetario es sólo el que está en poder del banco central o el gobierno (o de otras entidades sujetas al control efectivo del banco central o el gobierno) y forma parte de las reservas oficiales. Las tenencias de oro que no forman parte de las reservas oficiales se clasifican como activos no financieros (FMI; 2001; p. 24).

En el “Manual de Estadísticas Monetarias y Financieras” elaborado por el FMI, el dinero en sentido amplio, conforma su definición sobre la base de cuatro funciones básicas, en las cuales además de las citadas con anterioridad se incluye el *patrón para pagos diferidos*, cuya definición no es más que un medio de vincular valores actuales y futuros en contratos financieros (FMI; 2001; p. 55). Esta definición es elaborada para satisfacer la necesidad de evaluar el grado de monetización de la variedad de activos financieros, centrándose en la capacidad de cada clase de activo financiero para proporcionar *liquidez*<sup>5</sup> y servir como depósito de valor (FMI; 2001; p. 55).

De acuerdo con la liquidez del activo se clasifican en varios tipos:

1. *Billetes y monedas y los depósitos transferibles*. Ellos constituyen activo financiero más líquido y se utilizan como medio directo de pago.

2. *Otros depósitos y los valores distintos de acciones.* La partida de otros depósitos abarca todas las clases de depósitos no transferibles: depósitos a plazo; depósitos de ahorro; depósitos denominados en moneda extranjera; depósitos a la vista que no pueden usarse directamente para pagos a terceros; participaciones de capital u otros comprobantes de depósito emitidos por asociaciones de ahorro y préstamo, sociedades hipotecarias, cooperativas de crédito, etc., y otras clases de depósitos (FMI; 2001; p. 57).

Estos conceptos sustentan la definición de base monetaria, la cual es considerada como los pasivos del banco central que sustentan la expansión del dinero en sentido amplio y del crédito. También puede llamársele a la base monetaria (BM), *dinero de alta potencia*, dado que sus variaciones generalmente dan lugar a incrementos más grandes del dinero y del crédito (FMI; 2001; p. 60). El propio manual aclara que la base monetaria no puede considerarse como un agregado monetario, producto que es una unidad de medida de dinero primario, que constituye la base de los agregados monetarios. Por consiguiente, el concepto de base monetaria como unidad de medida determina los billetes y monedas emitidos por el banco central que forman parte de los agregados monetarios, las tenencias de depósitos de las otras sociedades de depósito en el banco central y sus tenencias de moneda nacional (FMI; 2001; p. 60).

Los conceptos reflejan la complejidad de las relaciones financieras y por tanto la dimensión en épocas de la globalización del concepto de dinero y su nivel de fetichización. El proceso de profundización y complicación de las relaciones sociales de producción capitalistas como resultado de su desarrollo en sus formas crean la apariencia de que el dinero ha dejado de ser una mercancía y que se ha producido un paso donde la posición del dinero es ocupada por el papel moneda y lo que se conoce como dinero electrónico, tal y como puede apreciarse en una lectura de las fluctuaciones diarias que aparece en cualquier diario.

No obstante estos estudios, sin lugar a dudas, han contribuido al establecimiento de los componentes monetarios. Si bien en la práctica monetaria de los países, podemos encontrar varios componentes, en el caso particular de México, BANXICO sitúa como agregados:

- $M_1$  = El agregado monetario  $M_1$  está compuesto por los billetes y monedas en poder del público, las cuentas de cheques en poder de residentes del país y los depósitos en cuenta corriente. Los billetes y monedas en poder del público se obtienen al excluir la caja de los bancos del total de billetes y monedas en circulación.
- $M_2$  = El agregado monetario  $M_2$  incluye a  $M_1$ , la captación bancaria de residentes, los valores públicos y privados en poder de residentes y los fondos para el retiro.
- $M_3$  =  $M_3$  incluye a  $M_2$ , la captación bancaria de residentes del exterior y los valores públicos en poder de residentes del exterior.
- $M_4$  = El agregado monetario  $M_4$  incluye, además de  $M_3$ , la captación de las sucursales y agencias de bancos mexicanos en el exterior provenientes de residentes en el exterior y de nacionales (BANXICO; Glosarios).

Para los efectos de este estudio, utilizaremos dos agregados:  $M_1$  y  $M_2$ . De acuerdo a la definición de base monetaria obtenido del manual del FMI, son estos componentes determinados por la base monetaria. Técnicamente se puede afirmar de acuerdo a los conceptos utilizados por el FMI que:

$$M_1 + M_2 = f(\text{BM})$$

La suma de los dos componentes, por tanto, puede establecerse en la siguiente identidad:

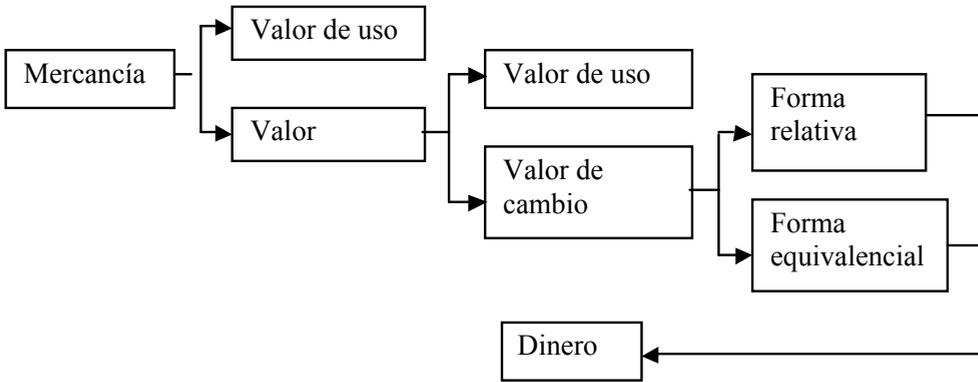
$$\text{BM} \geq M_1 + M_2$$

Considerando que la base monetaria o dinero primario, es la base a partir de la cual los bancos comerciales pueden crear dinero bancario e influir sobre el medio circulante y está

compuesta por el numerario en poder del público más las reservas bancarias. ¿Cómo es posible establecer una interpretación correcta de la misma si el dinero se define como papel dinero y cuentas corrientes? Esta interrogante es un problema no resuelto teóricamente, que sitúa en un plano importante a la especulación como factor determinante en los mercados financieros, dado que no se indica cómo se construyó esta medida en un marco económico determinado.

### III. LA EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS DEL VALOR DE CAMBIO Y EL CONCEPTO DEL DINERO

Para Marx el dinero, tiene su aparición condicionado históricamente y se muestra mediante el estudio, lógico<sup>6</sup> histórico de las formas del valor de cambio: forma relativa y forma equivalencial del valor. Estas formas son la forma en que se produce una exteriorización de la contradicción interna de la mercancía y del valor. La lógica de exposición puede ser esquematizada como sigue:



De acuerdo con la concepción marxista clásica, el desarrollo de las fuerzas productivas trae consigo un proceso de especialización a nivel social que es conocido como división internacional del trabajo, proceso sobre el cual descansa la aparición de la propiedad privada sobre los medios de producción y un aislamiento relativo de los productores. Estos procesos son la causa del surgimiento de la organización mercantil de la producción y de la conversión histórica del producto del trabajo en mercancía.

La mercancía contiene en sí misma una contradicción, en cuanto a sus propiedades y ellas describen el sistema de contradicciones de la organización mercantil de la producción. Pero también describen el proceso de cosificación de las relaciones sociales de producción o lo que sea denominado dentro de la teoría clásica de Marx, el fetichismo mercantil.

Las formas relativas y equivalencial, por tanto, si bien son formas de exteriorización de la contradicción interna de la mercancía, ellas pasan por un proceso de evolución y desarrollo que describen desde las formas más simples de intercambio a las más complejas<sup>7</sup>, hasta llegar a la forma dinero. El dinero en la teoría marxista se define como una mercancía especial que tiene monopolio específico dentro del mundo de las mercancías de ser su equivalente universal, papel que es asumido por el oro (C. Marx; 1972, p. 35-36). Es decir estamos en presencia, de una concepción teórica que deja perfectamente situado históricamente la aparición del dinero.

Es precisamente el hecho de estar sustentada en la teoría valor por el trabajo, que por tanto, en esta concepción teórica, se está admitiendo la evolución del concepto asociado

a la propia evolución de la producción material, lo que implica identificar entre las formas fetichistas o enajenadas de su presentación con la evolución de la esencia misma. Aspecto no reflexionado por las teorías económicas modernas, ya sea por razones políticas e ideológicas como por razones de marginalización de los aspectos teóricos contenidos en la teoría de Marx por su incomprensión teórica o sus interpretaciones dogmáticas y maniqueas.

A diferencia de la teoría económica moderna y sustentado en su teoría valor trabajo, Marx define las siguientes funciones del dinero:

1. Medida de valor: que se deriva de la propia definición del dinero como equivalente universal. En esta función el dinero es la medida necesaria de la medida inmanente del valor de las mercancías: el tiempo de trabajo necesario (C. Marx; 1972; p.56). Esta es una definición diferente al función precio del dinero, la cual lo que hace es medir las cantidades de oro, por tanto es una función que necesita fijar una unidad de medida (C. Marx; 1972, p.99). Basado en estas condiciones es que el precio se define como la expresión monetaria del valor de las mercancías.
2. Medio de circulación: es una función asociada al cambio mercantil, donde se presentan dos procesos de metamorfosis:  $M \rightarrow D$ , que expresa un proceso de venta y  $D \rightarrow M$ , que expresa la antítesis del proceso anterior o proceso de compra. El dinero funciona como medio de circulación al ser el valor sustantivado de las mercancías, por tanto su movimiento como medio de circulación es simplemente un movimiento formal de las propias mercancías (C. Marx; 1972, p. 75-76), donde su representante lo constituye el dinero.
3. Medio de atesoramiento: la interrupción del proceso de metamorfosis cuando el dinero cumple la función como medio de circulación, el dinero se atesora. En esta función el atesoramiento revela la posesión de riqueza.
4. Medio de pago: esta función surge como una necesidad de la separación cronológica de los diferentes ciclos. Los pagos se compensan unos con otros y el dinero funciona de manera ideal como dinero aritmético o medida de valor (C. Marx; 1972, p. 95).
5. Dinero mundial: función que se deriva cuando las mercancías salen de la órbita de los mercados domésticos y estamos en presencia del comercio internacional.

La teoría del dinero de Marx parece ser una explicación al concepto del dinero mercancía de la teoría económica moderna; sin embargo, la posición metodológica es diferente y no existe una fundamentación histórica. El resultado se explica en fetichismo mercantil y en especial en el proceso de enajenación de las relaciones sociales en la forma dinero, donde como bien señala Marx se encubre el carácter social de los trabajos privados y por tanto de las relaciones sociales de producción (C. Marx; 1972, p.41).

El análisis del concepto del dinero en la teoría económica moderna permite recordar a Marx cuando señaló:

*“Estas formas son precisamente las que constituyen las categorías de la economía burguesa. Son formas mentales aceptadas por la sociedad, y por tanto objetivas, que expresan las condiciones de producción de este régimen social de producción históricamente dado que es la producción de mercancías. Por eso todo el misticismo del mundo de las mercancías se esfuma tan pronto como los desplazamos a otras formas de producción.” (C. Marx; 1972, p. 41).*

De este enfoque hay dos tesis de orden teórico-metodológico de interés y están contenidas en la definición de las funciones del dinero y en particular de la función de dinero como medio de circulación:

— La primera está referida a la masa de dinero en circulación. De acuerdo a Marx es:

$$M = (P*Q) / V$$

Esta ecuación según Marx expresa que dado el valor creado y dado el ritmo medio del dinero la masa de dinero en circulación está en función del propio valor (C. Marx; 1972, p.82). Un despeje a esta interpretación de Marx nos ubica en la ecuación que muestra la teoría cuantitativa del dinero:

$$M*V = P*Q$$

— La segunda tesis es la moneda como signo de valor y en donde Marx la considera como resultado de la necesidad de disociar la ley real de la ley nominal de la moneda como resultado del desarrollo del intercambio mercantil. Esta disociación ya tiene implícita la posibilidad de acuñar como representantes del dinero otros materiales o simples símbolos. Aspecto que provoca que el oro como dinero se disocie de su sustancia de valor. En la vida económica el papel moneda es un signo del dinero y su relación con el mundo de las mercancías consiste simplemente en que éste expresa idealmente una cantidad de oro simbólica (C. Marx; 1972, p. 86).

Por tanto para Marx la inflación es un fenómeno históricamente determinado y un problema monetario, que brota del propio proceso de enajenación monetaria. El símbolo del dinero provoca el surgimiento de un dinero imaginario y, con ello, los procesos de desequilibrios macroeconómicos, que provocan su propia dinámica que las crisis de la economía real comiencen a evidenciarse con más fuerza, en un primer momento, dentro de la actividad financiera de las economías.

#### IV. EL DINERO: UNA DEFINICIÓN POSMARXISTA

La complejidad de las relaciones sociales de producción impuestas por la propia lógica del desarrollo, como resultado de la profundización de la división del trabajo a nivel internacional, trae consigo una mayor exacerbación enajenante de la propiedad privada a nivel doméstico y a nivel internacional y por tanto un mayor aislamiento económico relativo a pesar de ser la producción un proceso cada vez más social.

Esto significa que la exteriorización de la contradicción interna del valor se hace más compleja y se produce un efecto de mayor disociación entre el dinero propiamente dicho y su representante legal. El oro al convertirse en una reserva monetaria es parte del dinero, pero el dinero constituye un concepto más amplio. Hecho que queda marcado después del proceso de derogación del modelo del sistema Bretton Woods, donde el dólar estadounidense se convirtió en único representante legal del oro a nivel mundial: 35 USD = 1 onza de oro<sup>8</sup>.

Con el agotamiento del Sistema Bretton Woods y con la libre flotación de las divisas internacionales es cuando se puede afirmar que la sociedad da paso a la “forma dinero de la productividad social”. Un análisis a fondo permite afirmar que el equivalente universal de las demás mercancías es la propia producción material, lo que por tanto la convierte en una mercancía en sí misma, con un valor de uso especial, servir de equivalente universal a las demás mercancías: Dinero = PIB. Esta afirmación esta presentada sobre la base de una regresión simple empleando los datos de los Estados Unidos. Se toma de base una serie de datos de 30 observaciones desde 1980 al 2009 y se establece el PIB constante como variable independiente y el componente monetario  $M_2$ , como variable independiente. La función puede ser expresada como:

$$M_2 = f(\text{PIB}_{\text{precios constantes}})$$

### Análisis de regresión general: $M_2$ versus PIB constante

Ecuación de regresión

$$M_2 = -3004.23 + 0.776411 \text{ PIB constante}$$

Coefficientes

Término	Coef	EE do coef.	T	P
Constante	-3004.23	365.887	-8.2108	0.000
PIB constante	0.78	0.038	20.5326	0.000

Resumen del modelo

S = 500.386 R-cuad. = 93.77% R-cuad. (ajustado) = 93.55%

PRESS = 8298342 R-cuad. (pred.) = 92.63%

Análisis de varianza

Fuente	GL	SC	Sec.	SC Axust.	MC Axust.	F	P
Regresión	1	105560110	105560110	105560110	421.589	0	
PIB constante	1	105560110	105560110	105560110	421.589	0	
Error	28	7010824	7010824	250387			
Total	29	112570934					

Ajustes y diagnósticos para observaciones poco comunes

EE de Residuo

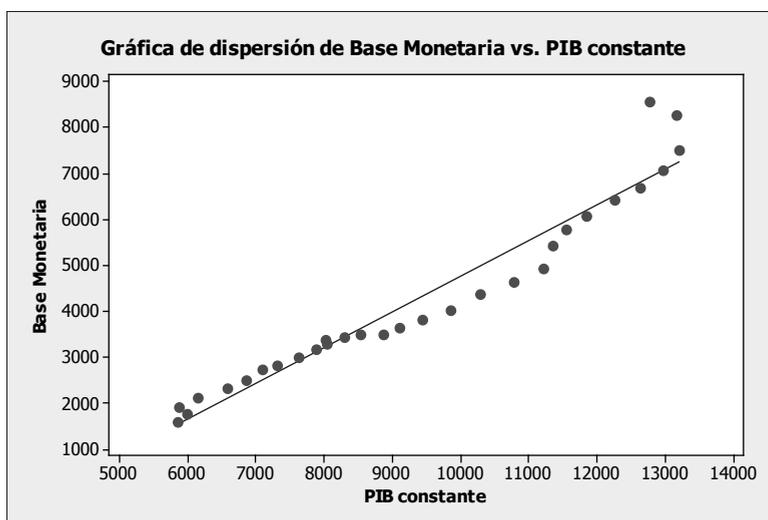
Obs	$M_2$	ajuste	ajuste	Residuo	estándar	
29	8257.5	7214.83	170.030	1042.67	2.21555	R
30	8544.4	6901.18	157.361	1643.22	3.45941	R

R denota una observación con un residuo estandarizado grande.

Correlación de Pearson de  $M_2$  y PIB constante = 0.968 Valor P = 0.000

Los datos muestran un coeficiente de fuerte correlación entre las dos variables, a lo que es necesario añadir que el coeficiente de determinación  $R^2$ , es de un 93.55%. Reafirmando la tesis antes señalada.

Gráfico 1



La conducta de la gráfica de dispersión, reafirma una correlación entre ambas variables. Sin embargo en la observación 29 y 30 ubica un residuo grande, este resultado es la situación del comportamiento de crisis económica durante el 2008 y 2009. La crisis comienza siendo un proceso totalmente financiero durante la primera mitad del 2008 hasta que los efectos se transmiten a la economía real, como necesidad de restablecimiento del equilibrio necesario, constituyendo el momento más argüido el año 2009. En este momento se da un proceso de desequilibrio entre la cantidad de circulante y el dinero en sí mismo, que se pone de manifiesto en lo que evidencia el residuo estándar de la regresión.

El análisis de la regresión permite afirmar que:

$$M = M(\text{PIB})$$

Donde de acuerdo a la ecuación de regresión, el coeficiente nos indica que todo crecimiento del PIB provocará un crecimiento del circulante del 0.78/10 de la masa de circulante en el mercado. Por tanto:

$$\Delta M / \Delta \text{PIB} = k_m$$

Donde:

$K_m$ , es un multiplicador de la masa de dinero en circulación

Siguiendo, por tanto, la continuidad del desarrollo de las formas del valor en la actualidad y apoyado en el ejercicio de la estadística inferencial, puede afirmarse que el valor de la producción material se enajena en el mismo como resultado del desarrollo de la producción. El dinero no deja de ser un resultado de la contradicción exteriorizada de la mercancía, sin embargo su esencia se encubre en las mismas redes del mecanismo económico y su complejidad, mostrándose como un instrumento que lejos de ser propio e inherente a las relaciones sociales de producción, es solo un facilitador del proceso de cambio mercantil. Tres aspectos generan esta interpretación fetichizada:

1. Se produce una supuesta desconceptualización histórica del concepto del dinero y la identificación de los conceptos dinero y su representante legal, por tanto se hace una negación de la teoría del valor por el trabajo, como fundamento teórico que muestra el surgimiento del dinero. El estudio del dinero, excluye los cambios en la productividad del trabajo y por tanto substraer del análisis del dinero el concepto de eficiencia.
2. Lo anterior separa de manera ficticia lo monetario de la economía real, pues lo imaginario sobrepasa lo real, conduciendo a una exacerbación de las fórmulas especulativas, que evidencian conductas irracionales por individuos, empresas y gobiernos, erigiéndose en unos de los factores fundamentales generadores de crisis estructurales en la actualidad.
3. Es una justificación al empleo de políticas económicas públicas a corto plazo como única forma de justificar la búsqueda de los equilibrios macroeconómicos, los cuales solo están referidos a los excesos de circulantes y a las formas irracionales de endeudamiento.

Resultado de las deficiencias interpretativas del dinero, se define el mercado de dinero como aquél en que concurren toda clase de oferentes y demandantes de las diversas operaciones de crédito e inversiones a corto plazo, tales como: descuentos de documentos comerciales, pagarés a corto plazo, descuentos de certificados de depósitos negociables, reportes, depósitos a la vista, pagarés y aceptaciones bancarias<sup>9</sup> (definición.org). Definición que no hace referencia al punto de equilibrio de cuanto valor se encierra. Por tanto, lo que hace el concepto en sí, del mercado de dinero, es considerar la oferta y demanda del circulante monetario, sin considerarlo como un reflejo metamorfoseado del comportamiento de las curvas de oferta y demanda del mercado de bienes y servicios. El concepto de mercado de dinero estudia sólo un ángulo de la estructura monetaria de un país: el representante legal del dinero y no el dinero en sí. Se deja de

considerar que el dinero en sí mismo es una enajenación del valor del universo de mercancías y por tanto portador de una relación social de producción.

George Soro, compartiendo los conceptos clásicos, define al dinero como un medio para un fin, no un fin en sí mismo, por tanto un valor de cambio, no un valor intrínseco. En tal sentido el valor del dinero queda en función del valor de los bienes y servicios por los que pueda cambiarse (Soro, G; 1999, p. 9). La afirmación es interesante aunque su enfoque se da desde el punto de vista teórico de la valía subjetiva<sup>110</sup>, dejándose todo a un subjetivismo determinado por la frase “lo que pueda cambiarse”<sup>121</sup>. El valor del dinero conceptualmente desde su propia definición como equivalente universal del valor de las mercancías creadas, no es más que la sumatoria del universo de los valores de las mercancías que expresa su equivalente universal<sup>132</sup> en él. Esto puede constituir la razón que fundamenta la respuesta a lo que Soro llama una pregunta no respondida satisfactoriamente: ¿cuáles son los valores intrínsecos para los que las actividades económicas se supone que sirven?

Al constituir el dinero una mercancía, es contradictoria en sí misma y portadora de una relación social de producción altamente desarrollada, donde la cosificación de la misma es una característica significativa. Esta relación social de producción concretada históricamente en la categoría valor, evoluciona y se desarrolla en función de la productividad del trabajo o, lo que es lo mismo, la eficiencia del trabajo como valor de uso de la mercancía especial fuerza de trabajo. Por consiguiente es positivo afirmar que la posesión del representante legal del dinero y el hacer por tratar de conseguirlo hace del un sinónimo de poder, y el poder puede ser un fin en sí mismo. Aquellos que triunfan pueden no saber qué hacer con su riqueza materializada en circulante, pero al menos pueden estar seguros de que otras personas envidian su éxito. Esto puede ser suficiente para tenerlas en marcha indefinidamente pese a la ausencia de cualquier otra motivación. Aquellos que siguen en marcha son los que terminan ejerciendo más poder e influencia en el sistema capitalista (Soro, G; 1999, p. 9). Ésta es la forma concreta que siempre ha tenido el fetiche del dinero.

Es este proceso de enajenación que brota del dinero, lo que provoca es una carrera desenfrenada ante el afán del lucro, producto de que el éxito se mide por los resultados a corto plazo. En la necesidad de maximización de sus beneficios, la racionalidad da lugar a la especulación.

## V. EL REPRESENTANTE LEGAL DEL DINERO Y LA ESTABILIDAD MACROECONÓMICA

Identificando a M como el representante legal del dinero y no como el dinero en sí mismo y considerando que es acuñado con curso legal para la representación del dinero podríamos plantear que:

$$V*M = Pr*Q = PIB^{143}$$

Donde se descarta el valor pretérito contenido en los medios de producción para evitar una contabilización doble, del valor generado en procesos de producción anterior, en esta ecuación:

M, es el representante legal del dinero.

Lo que significa que:

$$V*M > Pr*Q = PIB$$

$$V*M < Pr*Q = PIB$$

Ecuaciones que expresan exceso o carencia de circulante y que tiene como condición de medida la tasa de inflación —la cual puede disminuir o aumentar—, mostrando el comportamiento o fluctuaciones de la masa de circulante en la economía, aunque estas fluctuaciones no significan la desaparición de

un proceso inflacionario acumulado, que solamente puede ser explicado a partir del capital constante como componente de valor pretérito en la estructura de valor de la producción material<sup>154</sup>.

Consideramos  $\pi$  como tasa de inflación entonces tendremos que ella sería:

$$\pi = p_{(n+1)} - p_{(n)} / p_{(n)}$$

Donde:  $p_n$  es la variación de precio en el nivel de la economía

$n$ ; es periodo considerado.

Por tanto podemos afirmar que:

$\Delta M = [p_{(n+1)} - p_{(n)} / p_{(n)}] * b(Pr*Q) = \pi * b(Pr*Q)$  Lo que significa que la variación de la cantidad de circulante existente, además del valor de la producción total a precios constantes, está, también, en función de la tasa de inflación o proceso de elevación sostenida de los precios de los bienes y servicios.

De acuerdo a la tesis planteada, si  $(Ms/P)^{165} < M$ , esto traería consigo una distorsión del precio sobre el valor real de la producción material, fenómeno que se traduce como inflación, lo cual hace razonable que la determinación de la inflación se haga con arreglo a  $\pi = p_{(n+1)} - p_{(n)} / p_{(n)}$ . Resulta entonces que este problema estrictamente del mecanismo de funcionamiento, está íntimamente relacionado con la estructura económica. Más que encarecer el nivel de vida de la sociedad (efecto derivado) enmascara los verdaderos aspectos que afectan al crecimiento de la producción material.

Por tanto, es posible comprender que al enajenarse el valor de la producción social en el mismo y estar expresado bajo su representante legal, el problema de la inflación es por tanto un problema de política monetaria y política industrial y no monetario en sí mismo; es decir, se convierte en un problema de desproporcionalidad provocado exógenamente por los agentes que toman decisiones en la emisión del representante legal del dinero.

El análisis de la ecuación  $P = PIB/Q$ , indica que al disminuir la cantidad de mercancías producidas, el precio sólo puede aumentar si se deteriora la capacidad productiva manteniéndose constante la intensidad del trabajo, efecto difícil de creer dado que ambos son dos componentes de la productividad del trabajo, que aumentan al unísono a nivel social. Este efecto sólo puede provocarse si  $Ms/P < M$ , que da la apariencia de incremento de la intensidad del trabajo manteniéndose constante la capacidad productiva del trabajo, provocando un desplazamiento subjetivo de la demanda sin que exista un crecimiento suficiente de la oferta y por tanto la magnitud de valor creada es menor al precio, dado que  $Ms/P < M$ , dando una apariencia de que  $SA^{176} < Ms/P$ .

Por consiguiente lo que conocemos actualmente como políticas monetarias, son políticas coyunturales para corregir los desequilibrios entre la producción material y el representante legal del dinero —mal conceptualizado como dinero por la teoría moderna—, en el que se está enajenado el valor de la producción material. Resulta entonces más factible elevar la producción material manteniendo constante el nivel de circulante existente. Esto planteamiento sugiere la necesidad de una política industrial.

## VI. EL TIPO DE INTERÉS

La definición del dinero como el valor de la producción material enajenado en el propio universo de valores de usos creados y el capital como un valor que se valoriza a sí mismo. Cuando se otorga capital dinero a otra persona en forma de préstamo, se le está cediendo el derecho de su valorización y por tanto tendrá que pagar por el valor de uso del mismo a su propietario, fenómeno que llamamos interés y que no es otra cosa que la transferencia de parte de la ganancia producida por el capital al propietario del mismo, pero por su forma

se nos presenta como el pago que se le hace al propietario del capital por ceder el uso del mismo, el capital dinero, por su forma, se nos presenta como una mercancía.

El capital dinero cedido a otra persona por un propietario, genera a este último una ganancia, pero se nos presenta como un precio que recibe, es decir un precio que se paga por el uso del dinero, por tanto el capital para el propietario es una mercancía. Por tanto si el capital se convierte en una mercancía para su propietario y el interés se nos presenta como el precio de la mercancía capital dinero: hacemos referencia a la definición de interés real.

Si el valor de la producción material es igual al valor del dinero entonces el interés es parte del valor generado socialmente. Al producirse un incremento de la producción material, determinado por un cambio en la productiva del trabajo, el interés disminuiría, lo que significa que el interés tendrá un comportamiento inversamente proporcional al incremento de la cantidad de dinero, es decir:

$$M = f(\text{PIB})$$

Considerando que:

$$i = i(M^{-1})$$

Por tanto:

$$i = i(\text{PIB})^{-1}$$

Por tanto el interés es inversamente proporcional al nivel de eficiencia de la economía. Considerando al nivel de eficiencia de la producción como la forma de valorización del capital variable ( $p'/v$ ) y vemos que ella se enajena en la cuota de ganancia  $p'/[(c/v) + 1]$ , entonces el interés será inversamente proporcional a la cuota de ganancia, razón que permite explicar, como a mayores niveles de eficiencia, se produce una disminución de las tasas de interés, facilitando el incremento de las inversiones productivas. Esta tesis es de importancia al considerarse que la tasa de interés es un objetivo operacional para los bancos centrales, cuya tasa de interés es seguida de facto por los bancos comerciales.

### Análisis de regresión general: LN(r) versus LN (PIB) mex

Ecuación de regresión  
 $\text{LN}(r) = 39.1268 - 4.61824 \text{ LN (PIB) mex}$   
 Coeficientes  
 EE do

Término	Coef	coef.	T	P
Constante	39.1268	4.77787	8.18918	0.000
LN (PIB) mex	-4.6182	0.53359	-8.65498	0.000

Resumen del modelo  
 $S = 0.313815$      $R\text{-cad.} = 82.40\%$      $R\text{-cad. (ajustado)} = 81.30\%$   
 $\text{PRESS} = 1.90389$      $R\text{-cad. (pred.)} = 78.73\%$

Análisis de varianza

Fonte	GL	SC	Sec.	SC Axust.	MC Axust.	F	P
Regresión	1	7.37698	7.37698	7.37698	7.4	90.87	
LN (PIB) mex	1	7.37698	7.37698	7.37698	7.4	90.87	
Erro	16	1.57567	1.57567	0.09848			
Total	17	8.95265					

Ajustes y diagnósticos para observaciones poco comunes  
 Residuo

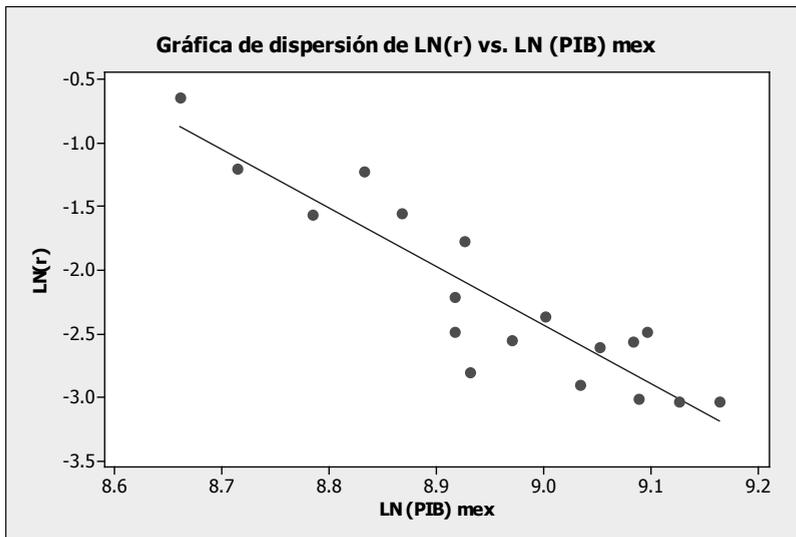
Obs	LN(r)	ajuste	EE de ajuste	Residuo	estándar
9	-2.80181	-2.11562	0.0749547	-0.686195	-2.25180

R denota una observación con un residuo estandarizado grande.

La observación 9 corresponde al año 2003, en este año México mostraba que la recuperación no siguió la trayectoria esperada. El PIB real creció en 1.34%, evidenciando una falta de dinamismo motivada por una falta de estímulo en la recuperación de Estados Unidos, que inhibía el crecimiento de las exportaciones manufactureras del país, y al mismo tiempo no se verificaba una significativa recuperación del consumo privado ni de la inversión. Esta situación influyó en la evolución de la actividad industrial, incluida la industria maquiladora. De esta forma, no resultó extraño que la industria manufacturera en su conjunto registrase, a lo largo de los diez primeros meses de ese año, una tasa de crecimiento negativa reflejo en gran parte de que las ramas habían tenido, con pocas excepciones, tasas negativas. A pesar de esto la TIIE durante el 2003, disminuyó un 27.39% con relación al 2002.

La gráfica de dispersión muestra claramente la relación entre estas variables, tal y como la presenta la regresión. Los datos corroboran que el interés se mueve inversamente proporcional al comportamiento del ciclo económico, efecto que se revela en la contracción de la actividad crediticia al consumo y a la producción. Creando la necesidad de operar con políticas a corto plazo de carácter fiscal y monetario: la inflación moderada se convierte en una necesidad para que se inyecte circulante provocando un efecto imaginario a la necesidad de invertir que se refleja en la tasa de interés nominal, o lo que se conoce también, disminuir el proceso de incertidumbre en los inversionistas.

Gráfica 2



Siempre que ocurra una disminución del valor de la producción material hacia el interior de un país esto se reflejará automáticamente en un aumento del interés real, pero si ocurriera un aumento del valor de la producción material la tasa de interés real disminuiría. Este efecto se reflejara en la tasa de interés nominal<sup>1877</sup> y la razón está dada porque la tasa de interés nominal depende de la tasa de interés real y de las variables que tienen que ver con el representante legal del dinero, por tanto tener presente la especulación y la política monetaria del país.

Considerando a:

$$i_{\text{nominal}} = f(i_{\text{real}}; \text{política monetaria}; \text{variables de especulación})^{198}$$

Cuando la tasa de interés real es menor que la tasa de interés nominal ( $i_{\text{real}} < i_{\text{nominal}}$ ), se produce un desestímulo al proceso de movilización de recursos nominales y se refleja en el proceso de contracción del crédito doméstico. En una economía afectada por la desproporcionalidad que se da internamente entre  $M > P*Q = \text{PIB}$ , la aplicación de políticas monetarias contractivas unidas a los crecimientos bajos de su producción, se traduce en un coste social muy elevado.

En las condiciones de las economías emergentes donde las tasas de interés nominal son mayores que en las economías desarrolladas, podría pensarse que esto estimula la inversión de capital en estas economías. La práctica económica moderna muestra que las economías subdesarrolladas se ven afectadas tanto en las inversiones de portfolio como en las inversiones directas (Ver tabla 1). Las tasas de interés más altas de los países subdesarrollados contribuyen a acentuar las condiciones de dependencia con el gran capital internacional y generando una insuficiencia de crédito doméstico que imposibilita la búsqueda de procesos multiplicativos de la inversión, para la superación de las deformaciones estructurales que presentan.

**Tabla 1 Flujo de capital en IED y en IEP en las economías emergentes**

	Direct investment, net (Billones de USD)	Tasa de crecimiento anual de la IED	Private portfolio flows, net (Billones de USD)	Tasa de crecimiento anual de la IEC
2000	148.516		0.005	
2001	169.11	13.87	-29.472	-589540.00
2002	150.637	- 10.92	-39.994	35.70
2003	153.786	2.09	33.332	-183.34
2004	198.703	29.21	67.477	102.44
2005	277.281	39.55	36.744	-45.55
2006	301.084	8.58	-30.736	-183.65
2007	439.348	45.92	106.74	-447.28
2008	479.778	9.20	-70.207	-165.77
2009	334.463	— 30.29	90.412	-228.78
2010	400.922	19.87	224.497	148.30
2011	473.151	18.02	96.712	-56.92
2012	446.321	— 5.67	164.902	70.51
Tasa promedio anual del 2000 al 2012		11.62		-49207.86

**Fuente:** FMI. <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2013/01/weodata/weoseiser.aspx?c=273&t=1>

Los datos del FMI reflejan como las economías emergentes y subdesarrolladas presentan una tasa negativa en los flujos de inversión privada de capital de portfolio del  $-49207.86\%$ , lo que significa que estos flujos son más dependientes de otras variables, que del tipo de interés de las economías. Las economías subdesarrolladas y emergentes continúan teniendo el crédito internacional como la forma principal de financiamiento internacional.

## VII. EL CRÉDITO EN LA ACTUALIDAD Y SU PARTICULARIDAD FUNDAMENTAL

El concepto del dinero, expresa en su evolución interna, la lógica del desarrollo de sistemas de leyes económicas de la sociedad capitalista y las modificaciones que sufren en su funcionamiento interno, provocando modificaciones importantes del mecanismo, en el que destaca el crédito, el cual influye significativamente en funcionamiento de la economía. El crédito es la forma del capital dinero, que se otorga a otra persona — sea física o moral-, en forma de préstamo. El crédito es una forma de movilización de recursos monetarios temporalmente libres, que es adelantado para poder generar un aumento de la demanda agregada, permitiendo un efecto multiplicativo de la inversión.

Marx en “El Capital”, tomo III, señalaba, que al otorgarse un crédito el capital que se presta, una misma cantidad de capital dinero se desdobra y funciona como capital propiedad en manos del acreedor y como capital función en manos del prestatario. Este divorcio entre la propiedad sobre el capital y su función condiciona la existencia de los capitalistas monetarios (rentistas, banqueros, especuladores de bolsa, etc.), que participan de la redistribución del valor sin participar directamente en la producción social ni en el comercio. Por consiguiente el capital de préstamo se considera la forma más parasitaria del capital, pero necesaria para el funcionamiento de los mercados.

En la práctica social el capital de préstamo es una forma altamente fetichizada, que en su movimiento describe la anticipación de dinero y su retorno incrementado ( $D - D'$ ). Esta forma de capital está siempre en la forma de dinero y en ningún momento adopta ni la forma productiva ni comercial capital. Por tanto, su nivel de enajenación siempre esconde muy bien la forma de acrecentamiento del valor: el dinero, como capital préstamo, crece al comprarse por parte del prestatario con el capital monetario recibido, medios de producción y fuerza de trabajo. Por tanto, el capital de préstamo es una parte segregada del capital industrial, valor que los propietarios del capital ceden a título de préstamo a los empresarios en funciones y que rinde interés como forma concreta de excedente, convirtiéndose en la forma de adelanto fundamental de recursos monetarios para lograr una acumulación  $> 0$ .

La capacidad de endeudamiento, en la vida moderna, por parte de los empresarios en funciones, potencia en gran medida la rentabilidad de las inversiones, donde la tasa de rentabilidad prevista debe ser más alta que la tasa de interés sin riesgo<sup>19</sup>. Las inversiones más apalancadas son las más atractivas siempre y cuando el coste del dinero continúe siendo el mismo. Por consiguiente, los elementos más importantes para influir el nivel de actividad económica lo constituyen: el costo del dinero y la disponibilidad de crédito.

El interés y la disponibilidad de crédito son dos aspectos determinantes del ciclo económico. La contracción del crédito determina la duración de recesión o depresión económica. Las liquidaciones forzadas de deudas crediticias, provocan un efecto de disminución de los valores de garantía<sup>210</sup>, disminuyendo el tiempo de la fase de expansión de ciclo, independientemente de si el crédito se otorga por los bancos o por los mercados financieros y si el endeudamiento fue contra valores o contra activos materiales (Soro, G; 1999, p. 12).

La liquidación forzada, observada desde la visión del funcionamiento del sistema de leyes, es el resultado de una saturación de la demanda de consumo, que muestra la acción y exigencia de la tendencia decreciente de la cuota media general de ganancia provocando una orientación del dinero, de la esfera de la producción a la esfera de la especulación. Razón que explica claramente el porqué de algunos de los planteamientos expuestos en el decálogo del “Consenso de Washington” y sin el cual es imposible comprender el origen de las famosas “burbujas inmobiliarias” que explotaron a finales del 2007, en la industria hipotecaria estadounidense (Valdés J; 2011; p. 5).

El objetivo de las inversiones y de los movimientos de capital, sostenidas por los créditos es la obtención de ganancia aunque ella tiene sus propios límites físicos, determinada por la participación relativa del trabajo vivo en la generación de riqueza: a un mayor incremento de inversión en infraestructura, tecnología y equipo, la parte que crea verdaderamente la riqueza: el trabajo humano, reduce su participación generando con esto una reducción en la rentabilidad del capital. Esto se puede contrarrestar con un aumento masivo de la producción, pero a esto a su vez requiere la realización de la misma en mercados limitados. En estas condiciones el crédito se entrega bajo el supuesto de que una vez realizada o vendida la producción el ciclo podrá continuar.

Las limitaciones del mercado sustentadas en el tamaño de las economías nacionales y en el de la economía mundial constituyen la causa directa que obligan a buscar parámetros más allá de los que propone la economía real. Este hecho induce a un juego con el afán de obtener beneficios en el vaivén especulativo, más que ocuparse en desarrollar las fuerzas productivas donde se corre el riesgo de no vender sus productos y quebrar por ser incapaz de cubrir sus deudas. La posibilidad de nuevos capitales de préstamos permite continuar adelante en el funcionamiento económico a pesar del aumento de la deuda creando la esperanza de ser posible cubrirla en el futuro.

Cuando las deudas están basadas en capital productivo o en bienes tangibles hay cierta posibilidad de recuperar algo, no obstante, el atractivo de obtener dinero fácil por la vía de la especulación ha llevado a que se destinen recursos cada vez más amplios a dichas actividades. El capitalismo actual presta, invierte, compra y vende en función de papeles que no tiene garantías físicas como papel moneda, otras deudas y la suposición del precio de las hipotecas de las casas en el futuro.

La vorágine y el nivel de fetichización de las relaciones sociales es tan grande que las apuestas por dichos documentos crecen tanto que generan la imaginación de que realmente valen lo que se paga y se compra por ellos pero ante la primera mala noticia del mundo real el temor de los especuladores por deshacerse de sus “papeles” es tal que estallan verdaderos crack bursátiles. Toda fortuna que desvía el capital productivo a la especulación puede desaparecer en cuestión de horas, situación más negativa si el dinero invertido es el resultado de un préstamo.

Tal es el caso de los créditos subprime, que al igual que cualquier otro, pueden ser negociados por las entidades bancarias con otras empresas, de tal forma que se pueden ceder los mismos a cambio de obtener el pago de un interés menor. La ventaja de la entidad financiera al efectuar la cesión es poder garantizarse el cobro del crédito de manera rápida. Las empresas que adquieren créditos subprime tratan de obtener un beneficio por la diferencia entre lo pagado a la entidad financiera y lo que efectivamente tienen derecho a cobrar del deudor particular.

Dado que la deuda puede ser objeto de venta y transacción económica mediante compra de bonos o titularizaciones de crédito, las hipotecas subprime podían ser retiradas del activo del balance de la entidad concesionaria, siendo transferidas a fondos de inversión o planes de pensiones. El problema surgió cuando el inversor (que puede ser una entidad financiera, un banco o un particular) desconocía el verdadero riesgo asumido. En una economía global, en la que los capitales financieros circulan a gran velocidad y cambian de manos con frecuencia

y que ofrece productos financieros altamente sofisticados y automatizados, no todos los inversores conocen la naturaleza última de la operación contratada (BANXICO; 2011).

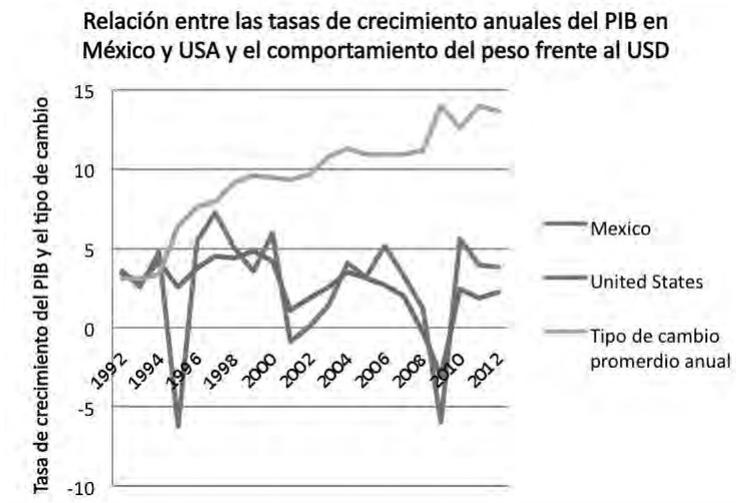
La crisis financiera que estalló en el 2008, mostró como instituciones financieras y bancarias tuvieron que “cancelar” el valor de los activos que habían comprado (préstamos hipotecarios de viviendas en EEUU o bonos que estaban “respaldados” por el valor de las hipotecas en EEUU). Citibank 10,000 millones de dólares; HSBC 5,000 millones; Merrill Lynch 8,000 millones y así sucesivamente. Los bancos confesaron unas pérdidas de 60.000 millones de dólares. La gran crisis crediticia se localizó más allá de los EEUU abarcando a todas las economías industrializadas. La OCDE calculó que las pérdidas finales de la contracción del crédito serían de 300.000 millones de dólares; mientras otros calculaban una contracción de unos 400-500.000 millones de dólares, aproximadamente el 1% de la producción mundial anual. (Micheal R; 2007, Marxist.com).

### VII. TIPOS DE CAMBIO Y EL COMPORTAMIENTO DEL CICLO ECONÓMICO

Otro aspecto vinculado conceptualmente al dinero lo constituyen los tipos de cambios. Como resultado del agotamiento del Sistema Bretón Woods y el advenimiento del tipo de cambios flotantes, las políticas cambiarias se han convertido en el mundo actual, en uno de los tipos de políticas económicas más significativas, altamente sensibles a las políticas monetarias, y con gran incidencia en el comportamiento del sector externo de las economías de los países que integran el sistema de economía internacional.

La teoría económica define el tipo de cambio nominal como un precio relativo, es decir, el precio de una moneda expresado en el precio de otra moneda. Tomando en consideración el PIB a precios constantes de México y Estados Unidos, el concepto asumido del dinero y las variaciones en los tipos de cambio desde 1992, muestran que toda contracción del PIB en nuestra economía más que proporcional a las variaciones del PIB en Estados Unidos, trae consigo un aumento del tipo de cambio y viceversa, tal y como se presenta porcentualmente en el gráfico.

Gráfico 3



Fuente: Estadísticas de Banxico sobre tipo de cambio y de FMI. <http://www.imf.org/external/index.htm>. <http://www.banxico.org.mx/>

Una ratificación de la tesis señalada se muestra con los resultados ofrecidos por una regresión general. Donde estableciendo una serie de datos de 20 observaciones comprendidas entre el 1992 al 2012 del PIB que se toma como variable independiente y el tipo de cambio promedio anual tomado como variable dependiente vierte la siguiente información:

### Análisis de regresión general: LN (e) versus LN(PIB) mex, LN(PIB)usa

Ecuación de regresión

LN (e) = -22.9981 - 3.62711 LN(PIB) mex + 6.16738 LN(PIB)usa

Coefficientes

EE del

Término Coef coef. T P

Constante -22.9981 2.16600 -10.6178 0.000

LN(PIB) mex -3.6271 1.23554 -2.9356 0.009

LN(PIB)usa 6.1674 1.24113 4.9692 0.000

Resumen del modelo

S = 0.166557 R-cuad. = 88.32% R-cuad.(ajustado) = 87.02%

PRESS = 0.695295 R-cuad.(pred.) = 83.73%

Análisis de varianza

Fuente GL SC Sec. SC Ajust. MC Ajust. F P

Regresión 2 3.77454 3.77454 1.88727 68.0313 0.0000000

LN(PIB) mex 1 3.08954 0.23907 0.23907 8.6180 0.0088372

LN(PIB)usa 1 0.68500 0.68500 0.68500 24.6925 0.0000993

Error 18 0.49934 0.49934 0.02774

Total 20 4.27389

Por tanto el concepto de dinero considerado como el propio PIB son indicadores que muestran que el tipo de cambio real en la economía siempre estará en función de la relación del PIB en nuestra economía con el PIB de la economía del resto del mundo:

$$e_{\text{real}} = f(\text{PIB}; \text{PIB}^{*-1})$$

Si:

$$e_{\text{nominal}} = f(e_{\text{real}})$$

Entonces el aumento del tipo de cambio nominal está asociado a los procesos de contracción del PIB doméstico, cuando las contracciones en el resto del mundo son menos que proporcionales a las nuestras. Es decir la disminución del dinero en una economía en términos de valor manteniéndose constante el PIB de las economías del resto del mundo trae consigo una disminución del tipo de cambio real, efecto que se ve reflejado en el tipo de cambio nominal.

Pero esto no exime de la existencia de otras variables que provoquen un efecto sobre el tipo de cambio nominal. Si observamos el tipo de cambio nominal existen aspectos importantes vinculados a su funcionamiento como categoría fetichizada: el tipo de cambio nominal como todo precio relativo es la enajenación monetaria del tipo de cambio real, pero el tipo de cambio nominal puede diferir del tipo de cambio real dada la existencia de otras variables que influyen directamente en su comportamiento, entre las que destacan la oferta y demanda en el mercado de divisas, la inflación y el comportamiento de los tipos de interés.

Un ejemplo de esta situación lo constituyen las devaluaciones competitivas, las cuales se convierten en una estrategia en los momentos de contracción. Su objetivo básico es abaratar las exportaciones y encarecer las importaciones para mejorar el saldo de la balanza comercial y disminuir la deuda.

En el marco de la crisis actual ésta fue una acción realizada por Estados Unidos en política económica, buscando un proceso de estimulación de su economía. Al bajar el precio del USD, no sólo puede impulsar las exportaciones y el mercado interno (y mejorar la situación del empleo) sino que además le ayuda a sobrellevar la deuda con el resto del mundo, la cual en la mayoría de los casos está en dólares. Por tanto los países tenedores de dólares como México, China, Japón o Brasil se verán afectados por una disminución en el valor de sus reservas en dólares.

La devaluación del dólar es un proceso de especulación o juego de casino en el cual Estados Unidos traslada la crisis a sus socios comerciales, con los peligros de que esta vez los socios comerciales no estén en condiciones de absorber una crisis dado que ya tienen una muy profunda. Esta devaluación del dólar provocará un fortalecimiento del euro, mostrando al circulante europeo como una moneda fuerte, aspecto que la vincularía automáticamente con la especulación financiera y la creación de burbujas, las que se originaron desde octubre de 2000 a abril de 2008.

El proceso de devaluación del dólar aspira también a otro ansiado tema monetario que es el de generar inflación para crear las condiciones del necesario impulso al alza de la tasa de interés nominal. Las tasas de interés casi en 0 y viviendo en plena trampa de liquidez, la economía está empantanada en un curso deflacionario donde se postergan las decisiones de consumo e inversión dado que comprar o invertir mañana será más rentable y barato que comprar o invertir hoy. Si se genera un impulso inflacionario del orden del 4 al 5%, las decisiones de consumo e inversión se adelantan para el presente dado que el presente “se hace más barato”.

El problema de la devaluación de sesgo es que hoy todo el mundo está en crisis y cada país quiere tener la ventaja fetichista del dinero barato para superar sus problemas. Es una guerra de divisas en la cual nadie está a salvo. Ésta es una medida peligrosa para Europa y para los países periféricos.

## VIII. CONCLUSIÓN

El dinero es, sin lugar a dudas, uno de los problemas actuales que mas ocupa a la teoría económica internacional, por su posición en el contexto de la globalización, aspecto que se ha vuelto más significativo con la actual crisis que se vive a nivel de sistema desde el 2008 y en donde los problemas especulativos que se generaron de los llamados créditos subprime fueron significativos.

Es imposible un diseño de políticas económicas públicas, en la actualidad, sin una comprensión acertada del dinero en su generalidad y su relación esencia-formas de manifestación. El mejor diseño de política monetaria es un diseño de política industrial de economía abierta que permita un crecimiento del valor de la producción sustentado en un efecto hacia adentro de la economía de consolidación de las MIPYMES y hacer accesible el aprovechamiento de la cadena de valor de las empresas multinacionales para asimilar las nuevas tecnologías y el incremento de los niveles de eficiencia.

El dinero, continúa siendo un equivalente universal, por consiguiente sigue estando condicionado históricamente. No existe el dinero si no que es ante todo una mercancía, pero la fetichización del dinero se hace más compleja en el marco de las relaciones sociales capitalistas. Este proceso da la apariencia de una mayor independencia entre el mundo de la producción material y las finanzas, cuando en realidad las interconexiones entre ambos aspectos de la economía son cada vez mayores. Estudiar el nivel de fetichización actual del dinero nos permite señalar tres aspectos de interés teórico— práctico:

- los procesos inflacionarios son un problema monetario. Sin embargo la mejor forma de combatir la inflación es mediante la elevación de la eficiencia de la producción material manteniendo constante el nivel de circulante en manos del público.
- la ampliación de la producción material expande la base monetaria y provoca un efecto de reducción de la tasa de interés. Este efecto debe traer consigo un proceso de estimulación del crédito doméstico contribuyendo a un fortalecimiento interno del proceso de acumulación del capital.
- los problemas cambiarios están altamente relacionados con el comportamiento del ciclo económico. Por tanto no puede existir estabilidad cambiaria a largo plazo si no se presta atención a los problemas de industrialización.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- APPLEYARD Field (1997) "International Economics". Ed. Mc Graw Hill. México.
- D. LEVI Murice (2001) "Finanzas Internacionales", Ed. Mc Graw Hill. México.
- DORNSBUSCH R. (1993) "Macroeconomía de una economía abierta. Ed. Antoni Bosch, España.
- EUN AND RESNICK (1998) "International Financial Management." Ed. Mc Graw Hill. México.
- HULL, Jonh, (2009) "Introducción a los Mercados de Futuros y Opciones". Ed. Perarson/Prentice Hall, México.
- KRUGMAN, P (2007) "Introducción a la Economía: Macroeconomía". Ed. Reverté. España.
- MARX Carlos (1943) "El capital: crítica de la economía política" Tomo I Sección I. Ed. Fondo de Cultura Económica, México
- SAMUELSON P, Nordhaus, D. (2010) "Economía: con aplicaciones a Latinoamérica" Ed. McGraw-Hill, México
- SOROS George, (1999), "El sistema capitalista global" <http://www.economia.unam.mx/profesores/eliezer/soros.pdf>
- VALDÉS, J (2011) "Diario de una Crisis: una muestra de un mundo globalizado". Editorial Académica Española. España.
- VALDÉS, J. (2012) "Análisis Microeconómico para Administradores". Editorial IBERO México.

## NOTAS

1. Su fundamento mantenía una identificación con el concepto del dinero como mercancía.
2. Un commodity es un producto o bien por el que existe una demanda en el mercado y se comercian sin diferenciación cualitativa en operaciones de compra y venta.
3. Es necesario señalar que aunque se tiene puntos de partida metodológicos diferentes entre Marx y Keynes muchas de las propuestas teóricas de este último pueden ser deducidas de los modelos de la reproducción de Marx, sin embargo, es necesario considerar las propuestas de este último presentan una construcción conceptual de categorías sustentadas en bases socioeconómicas, mientras que Keynes las presenta desde una posición técnico-económica.
4. El concepto de activo financiero en la economía moderna describe una forma concreta de bien económico, que solo existe en los mercados financieros.
5. En el manual a que hacemos referencia, la liquidez se refiere a la medida en que pueden venderse los activos financieros a su pleno valor de mercado, o a un valor muy próximo, en un plazo breve.
6. Es necesario destacar que dentro de la teoría marxista clásica el método lógico se considera un método histórico sin que en se tengan en cuenta las contingencias perturbadoras que contiene la historia y que puede entorpecer con hechos no significativos el estudio de los procesos y fenómenos.
7. C. Marx. "El Capital" tomo I (1972), deja claro cuáles son las formas lógicas históricas que permiten analizar la evolución y desarrollo de las formas del valor de cambio: forma simple o fortuita; forma total o desarrollada; forma general y forma dinero. En su estudio Marx señala que el paso de la forma I a la forma II y de esta a la forma III entraña cambios sustanciales, pero considera que de la forma III a la IV no existen grandes cambios, solo que el oro pasa a convenirse en equivalente universal. Fondo de la Cultura Económica. México p. 14-36.
8. La confianza internacional en el valor de la moneda o incapacidad del sistema para dar solución conjunta al problema de liquidez y al de confianza. El dilema de Triffin anticiparía que el resultado final sería que cuando los pasivos exteriores norteamericanos se hubiesen hecho demasiado abundantes, los bancos centrales de los demás países empezarían a convertir los dólares en oro al precio fijo de 35USD la onza, lo que al reducir las reservas de oro norteamericanas se destruirían los fundamentos del propio sistema y lo haría finiquitar.
9. Las aceptaciones bancarias, por definición, son la letra de cambio (o aceptación) que emite un banco en respaldo al préstamo que hace a una empresa. El banco, para fondearse, coloca la aceptación en el mercado de deuda, gracias a lo cual no se respalda en los depósitos del público.
  - Valor nominal: \$100 pesos.
  - Plazo: va desde 7 hasta 182 días.
  - Rendimiento: se fija con relación a una tasa de referencia que puede ser CETES o TIIE (tasa de interés interbancaria de equilibrio), pero siempre es un poco mayor porque no cuenta con garantía e implica mayor riesgo que un documento gubernamental.
10. La teoría de la valía subjetiva, formulada por la escuela austríaca, postula que la valía reside en la utilidad de la mercancía.
11. La presentación y fundamentación que derivamos del enfoque de este autor está totalmente fundamentada cuando afirma: "El problema es que, en el mundo real, los valores no están dados. En una sociedad abierta, las personas son libres de elegir por sí mismas pero no saben necesariamente lo que desean. En condiciones de cambio acelerado, cuando las tradiciones han perdido su poder y las personas se ven acosadas por sugerencias desde todas partes, los valores de cambio podrían llegar a sustituir perfectamente a los valores intrínsecos".
12. Es necesario destacar que la teoría de Marx, al constituir el valor una ración social de producción, que constituye una forma de organización de las fuerzas productivas sociales, siempre existe una objetividad conceptual de la cual no podemos separar el concepto del dinero si consideramos que él es un resultado de la evolución de esta relación social.
13. En Marx el nuevo valor creado se representa desde una posición clasista como V+P. Este concepto es equivalente en economía moderna al concepto de PIB, razón por la que sustituimos V+P = PIB. Ver, Valdés J. "Releyendo la Teoría económica de Marx" (p.10-11).
14. Para poder comprender esta afirmación es necesario ver los "Modelos de Reproducción del Capital Social", que parecen expuestos en el tomo II de "El Capital" escrito por Marx. En este escrito se afirma que el valor de la producción material es igual producto social global (PSG), el cual se desglosa en  $c + v + p$ ; donde  $c$ , es el capital constante, una cantidad igual al valor materializado en los medios de producción, mientras que  $(v + p)$  es el nuevo valor creado. Desde esta concepción clasista entonces el PIB sería igual  $(v + p)$ .
15. Ms/P la cantidad de dinero ofertada se utiliza en esta expresión para hacerla análoga a la que utiliza la economía moderna de oferta monetaria real.
16. Oferta agregada
17. La tasa de interés nominal se calcula tomando como base la tasa LIBOR (London Interbank Offer Rate). La tasa LIBOR es la encargada de las transferencias interbancarias, ella se calcula sobre la base de los promedios de las tasas de préstamos en las monedas respectivas de los seis bancos líderes de Londres y que puede ser vista en las páginas financieras de cualquier diario especializado a nivel mundial.
18. Son cada vez más presente como resultado de la profundización del fetichismo mercantil o cosificación de las relaciones sociales de producción.
19. Condición necesaria para que se pueda realizar la inversión, bajo otras condiciones no se realiza, dado que no existe margen de beneficio positivo sobre el endeudamiento.
20. Títulos valores que se entregan como garantía del cumplimiento de una obligación para con la sociedad donde se depositan. El Plan General de Contabilidad reserva unas partidas pertenecientes al grupo de las cuentas de orden y especiales, donde se lleva la contabilidad de estos valores depositados.

VACA MEDINA JESÚS Y JOSÉ G. VARGAS-HERNÁNDEZ\_(josevargas@cucea.udg.mx)\_Centro Universitario de Ciencias Económico-Administrativas de la Universidad de Guadalajara, México

# Impacto de la reforma energética en el mercado de los fertilizantes en México



Impacto da reforma enerxética no mercado dos fertilizantes en México

*Impact of the Energy Reform in the Mexican Fertilizers' Market*

**&Resumen:** La reforma energética traerá consigo grandes cambios en la economía de México, debido principalmente a la incursión de la iniciativa privada —tanto nacional como extranjera— en la explotación y comercialización de productos petroquímicos. El sector de los fertilizantes es, sin duda, uno de los más afectados por esta aprobación. Las medidas pactadas dentro de esta reforma impactarán directamente a la producción nacional, la cantidad de importaciones y, sobre todo, a la demanda de estos productos. El objetivo de este trabajo es analizar la situación actual y futura de este sector, con la finalidad de estudiar el impacto económico de esta reforma, así como presentar alternativas referentes a la situación que vivirán las empresas existentes y emergentes en este mercado.

**&Palabras clave:** fertilizantes, México, reforma energética.

**&Abstract:** Energy reform will bring about major changes in the economy of Mexico, mainly due to the introduction of domestic and foreign-in the exploitation and marketing of petrochemical products—both private initiative. The fertilizer sector is undoubtedly one of the most affected by this approval. The measures agreed within this reform will directly impact domestic production, the quantity of imports and, above all, the demand for these products. The aim of this paper is to analyze the current and future situation of the sector, in order to study the economic impact of this reform and alternatives concerning the present situation live existing and emerging companies in this market.

**&Key words:** fertilizers, Mexico, energy reform.



## I. INTRODUCCIÓN

La población mundial ha sufrido grandes cambios a lo largo de su existencia, sin embargo, está a punto de enfrentarse a uno de los retos más complicados y nunca antes experimentado por la raza humana: la sobrepoblación del planeta. Se enfrenta a un ciclo mundial que traerá complicaciones en aspectos sociales y económicos, visibles principalmente en países con economías débiles con altos índices de pobreza y marginación. En este documento nos centraremos en lo correspondiente a la escasez de alimentos, y al impacto económico en México de una de las principales alternativas tomadas por las organizaciones mundiales para contrarrestar esta eminente problemática: los fertilizantes químicos.

Según estudios realizados por la Organización de las Naciones Unidas, la población mundial que en el 2011 era de 7 mil millones de habitantes, para el año 2050 se estima que sean aproximadamente 9.1 mil millones de personas las que se encuentren en el planeta. Gran parte de este fenómeno será provocado por los países en vías de desarrollo, los cuales sufren el apogeo de la transición demográfica y los estragos de este fenómeno harán efecto dentro de 30 o 40 años.

En aspectos de producción agrícola, según el mismo estudio de la ONU, se prevé que para satisfacer las demandas mundiales habrá que aumentar la producción en un 70%. Sin embargo, países en desarrollo —entre ellos México— tendrán que aumentar la productividad en un 100% para poder hacer frente a las demandas locales (Gauchin, 2013). El mayor reto en los próximos años para el sector agrícola mexicano es lograr el abastecimiento de alimentos para una población creciente. Pero, ¿qué medidas debemos implementar para incrementar el nivel de producción en un país en proceso de urbanización que reduce su superficie disponible para cultivo día a día? Los fertilizantes son los llamados a ser precursores de esta gran revolución y jugarán un papel significativo en el impulso a la productividad de los cultivos.

## II. ANTEDECENTES

Según la Asociación Internacional de la Industria de los Fertilizantes (IFA por sus siglas en inglés), en 2012 el consumo global registró una cifra de 176.1 millones de toneladas, de las cuales 61 % fueron de fertilizantes nitrogenados, 23 % de fosfatados y 16 % de potásicos. En el mismo artículo la IFA proyecta que para el año 2018 habrá un incremento en la tasa media anual de utilización y consumo de fertilizantes del 1.8 %; de los cuales el 3 % corresponde a nitrogenados, el 1.5 % a fosfatados y el 1.9 % a potásicos.

En México, la fabricación de fertilizantes ha sufrido de grandes altibajos a lo largo del tiempo. A partir de su privatización y apertura a la competencia en 1991, la producción nacional se mantuvo a la alza hasta 1997, año en el que el Estado restringió el gas natural. De este año a 2006 se registró una reducción constante. Sin embargo, desde 2007, la producción de fertilizantes ha mantenido un crecimiento considerable (solamente 2009 registró disminución por la crisis económica que vivió nuestro país) debido a la necesidad de este producto en las actividades agrícolas y a varias acciones tomadas por el gobierno para impulsar este mercado (Sagarpa, 2013).

Los fertilizantes juegan un papel fundamental en la agricultura, ya que estos contribuyen al mejoramiento de la productividad de los cultivos al proveer nutrientes necesarios para el desarrollo productivo (Rosso, 2011). También, con el avance tecnológico y científico en el estudio y fabricación de los fertilizantes, se han creado nuevos productos que no acidifican la tierra y que incrementan su esperanza de vida productiva (García, 2014). Esto permite elevar la cantidad y calidad de los cultivos, al mismo tiempo que cuida el suelo y extiende su ciclo de producción, lo cual se ve reflejado en un aumento en la rentabilidad de la tierra.

México es un país arraigado y dependiente de las actividades primarias. Aunque la agricultura ha sido un tanto desprotegida en los últimos años por parte del Estado, ésta no ha dejado de ser fuente importante para los ingresos nacionales. Según datos del Banco Mundial, la aportación de la agricultura al PIB ha rondado entre el 3 y el 4 % entre los años 2009 y 2012. Además, es un país que concentra una proporción considerable de población rural. En este medio viven aproximadamente 26 millones de personas, que equivalen al 22 % de los habitantes nacionales (Banco Mundial). De esta población rural, la mayor parte viven de actividades agropecuarias.

### Estructura de mercado

El mercado de los fertilizantes en México tiene una estructura oligopólica con tendencia a la competencia perfecta. Una pequeña cantidad de fabricantes y comercializadores abarcan gran parte del mercado nacional y abastecen a millones de agricultores. Sin embargo, este oligopolio no ha sido capaz de satisfacer la demanda total del país, por lo que la competencia entre empresas pequeñas y emergentes, por el mercado residual, es cada día más fuerte (Ruiz Funes, 2010).

Esta estructura, unido a la situación demográfica nacional y las estimaciones de producción y consumo agrícola, han incrementado las posibilidades de entrada a nuevas empresas, ya que casi la mitad de la demanda en el país tiene que ser abastecida por fertilizante extranjero. Las empresas en los mercados oligopólicos se caracterizan por tener beneficios positivos debido a la dominancia que tienen del mercado. En el sector de los fertilizantes, esto ha ocasionado que empresas nuevas hayan entrado al mercado. En los próximos 20 a 40 años, se prevé que la demanda aumente y el mercado se extienda, incrementando los beneficios de las firmas existentes e incentivando la entrada de nuevas empresas.

El hecho que las empresas líderes en el mercado no hayan logrado abastecer la demanda doméstica puede ser, principalmente, por tres motivos. Primero, la capacidad productiva de las empresas, aún implementado todos los recursos para la producción, no alcanza para producir los 4 millones de toneladas que demandan los consumidores.

Segundo, el principal objetivo de una empresa no es satisfacer las necesidades del mercado, sino maximizar sus beneficios. Las firmas dominantes del mercado, probablemente, han logrado esta meta sin preocuparse por la demanda restante. Si las empresas quisieran aumentar sus niveles de producción y obtener mayores proporciones de mercado, entonces tendrían que invertir en nuevos factores productivos para no caer en los rendimientos decrecientes.

Por último, el coste de producción es muy elevado en comparación con el precio de mercado, es decir, el coste medio unitario es mayor al precio de venta de los fertilizantes. La causa de esto se debe a la falta de tecnología adecuada o a los altos costes de insumos y materia prima, lo cual no permite producir a precios competitivos.

De estas hipótesis se deduce que las empresas deben generar estrategias inteligentes para aprovechar las oportunidades reales y potenciales que presenta el mercado, y de este modo, maximizar sus beneficios y ganar la mayor proporción de mercado posible.

### III. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El sector de los fertilizantes es muy competitivo. Esto se debe, especialmente, a que los fertilizantes son considerados bienes “commodities”, es decir, productos homogéneos con normas y estándares de calidad específicos. La variable clave en este mercado es el precio. Las empresas compiten por ventas y por mayores porcentajes de proporción de mercado en la parte residual del mismo. Debido a la competitividad, el precio de mercado es cercano al coste medio mínimo, lo cual ocasiona que los márgenes de utilidad sean mínimos y las cantidades de dinero que se mueven sean grandes.

El objetivo de toda firma en un mercado tan competitivo es maximizar sus beneficios y aumentar la participación en el mercado. Esto solo se puede lograr a través de estrategias que permitan diferenciar su producto y generar ventajas competitivas y comparativas que permita a la empresa alcanzar sus metas. Sin embargo, para elegir la mejor estrategia es necesario analizar y dominar todos los aspectos y fenómenos que afectan a la industria.

La reforma energética es un tema muy controversial desde el punto de vista social, sin embargo, es un paso muy importante en el crecimiento y desarrollo económico del país. La entrada de nuevas tecnologías privadas permitirán eliminar las deficiencias por parte del estado —PEMEX principalmente-, y podrán explotar y comercializar mayor cantidad de productos a precios competitivos.

Esta reforma dará acceso a varios productos como petróleo y gas natural. Estos son importantes en la producción de fertilizantes, sin embargo, el gas natural juega un papel vital dentro de este sector, ya que es el principal insumo de estos productos químicos.

#### Pregunta de investigación

¿Cómo impactará la reforma energética a la estructura del mercado de fertilizantes en México; y cómo afectará a la vida y existencia de las empresas pequeñas encargadas de abastecer el mercado residual del oligopolio?

#### IV. ANTECEDENTES TEÓRICO-CONCEPTUALES

Según Pedro Parenti, vicepresidente de la Asociación Nacional de Productores y Comercializadores de Fertilizantes (ANACOFER), el consumo nacional está estimado en 4 millones de toneladas anuales, con un valor aproximado de 2 mil millones de dólares. Sin embargo, la relación oferta-demanda es muy pobre en este sector. La producción total en el país no es lo suficiente para cubrir la demanda nacional, ya que sirve para abastecer solamente un tercio del consumo total. En 2012, la fabricación total nacional fue de 1.5 millones de toneladas; pero se tuvo que importar 2.7 millones de toneladas para abastecer al consumo nacional (Perea, 2013).

Entre 2011 y 2012 se registró un decremento del 5.9 % nacional en la fabricación de fertilizantes. Se estima que la causa principal sea el poco acceso y el alto coste del gas natural en el país, el cual es la materia prima para producir amoniaco, y este para la mayoría de los fertilizantes, especialmente los nitrogenados. A causa de esta producción insuficiente, México se ha caracterizado en los últimos años por ser importador de grandes cantidades de fertilizantes. En el mismo lapso de tiempo las importaciones aumentaron 23.8 %. Además, ha ocasionado una reducción en el consumo del 4.5 % (ANIQ, 2014).

**Cuadro 1. Crecimiento anual en producción, importaciones y consumo de fertilizantes en México de 2011 a 2012**

FERTILIZANTES			
	2011	2012	Crecimiento
<b>Producción</b>	\$1,870,879	\$1,759,255	-6.3%
<b>Importaciones</b>	\$2,767,796	\$3,426,254	23.8%
<b>Consumo</b>	\$4,358,602	\$4,162,083	-4.5%

Fuente: Elaboración propia con datos de ANIQ

Los fertilizantes tienen una importancia significativa en lo concerniente a los costes de producción, debido a que son uno de los principales insumos. Los agricultores que fertilizan sus terrenos se ven obligados a comprar producto extranjero, la mayoría de las veces a un precio mayor, debido a la escasez del producto en el mercado doméstico y a los inminentes costes de la importación.

También, gran parte de los agricultores a pequeña escala (los cuales predominan en el país) no tienen recursos suficientes para consumir fertilizantes a precio de mercado, y dependen de programas gubernamentales en los que se les regala estos productos o se subsidia para que los adquieran a un menor precio. De esto se desprende que, de 2008 a 2013, se fertilicen solamente entre el 55 y el 65 % de la superficie sembrada (INEGI, 2014).

Los fertilizantes inorgánicos se clasifican en 3 tipos:

- A. Nitrogenados (sulfato amónico, nitrato amónico y urea, entre otros).
- B. Fosfatados (simple, doble y triple).
- C. Potásicos (cloruro, sulfato y nitrato potásico).

Según cálculos propios, con base en datos de la Asociación Nacional de la Industria Química (ANIQ), en el año 2012 aumentó la proporción de fertilizantes fosfatados con respecto a la producción total en México, cuya cifra alcanzó el 65%, y disminuyeron los nitrogenados con 31 % y potásicos 4 %.

**Figura 1. Producción estimada por tipo de fertilizantes en el año 2012**



**Fuente:** Elaboración propia con datos de ANIQ

Con datos referentes al consumo de fertilizantes inorgánicos, según el anuario estadístico de la ANIQ, se reporta para 2012 un estimado de 54 % de nitrogenados, 29 % de fosfatados y 17 % de potásicos. El consumo se estimó mediante la suma de la producción más las importaciones, menos las exportaciones. En los productos donde no hubo producción en México, el consumo equivale simplemente a las importaciones.

Figura 2. Consumo estimado por tipo de fertilizantes en el año 2012



Fuente: Elaboración propia con datos de ANIQ

La gran diferencia que se muestra en las gráficas se debe a que desde 1999 cerró la empresa que tenía el monopolio total de la urea en México, año en el cual dejó de producirse este fertilizante en el país. Esto ocasionó que, tanto la urea como el nitrato de amonio, sean importados en su totalidad.

Hasta 2012, en materia de fertilizantes nitrogenados, solamente se produce sulfato de amonio. Sin embargo, este fenómeno se agrava cuando notamos que es el fertilizante inorgánico más utilizado en México, especialmente la urea.

Los fertilizantes inorgánicos más utilizados en nuestro país son la urea y el fosfato diamónico. Entre los dos suman un consumo de 2.6 millones de toneladas, equivalente al 63 % del consumo total nacional. Mientras que detrás de estos dos, se encuentra el de sulfato de amonio con un 19 %.

Figura 3. Concentración del consumo de fertilizantes en el año 2012



Fuente: Elaboración propia con datos de ANIQ

## VI. IMPACTO DE LA REFORMA ENERGÉTICA EN EL SECTOR DE LOS FERTILIZANTES QUÍMICOS

Según fuentes oficiales, con la entrada en vigor de la reforma energética en México, PEMEX reactivará la producción de gas natural y amoníaco a precios competitivos, con lo cual planean incrementar la fabricación de fertilizantes a precios bajos. El objetivo de esta acción es aumentar la producción de fertilizantes en nuestro país y disminuir la dependencia del consumo nacional de las importaciones (Perea, 2013).

El gas natural es uno de los principales insumos para la fabricación de agroquímicos, incluso implica el 60 % de coste de producción de los fertilizantes. Producirlo en México es caro, debido a que su explotación con la infraestructura existente representa costes muy elevados. Además, toda la producción no abarca la demanda total. Por lo tanto, se tiene que recurrir a la importación, cuya cantidad supera el tercio del consumo total (Perea, 2013).

La reforma energética permitirá la inserción de la iniciativa privada —nacional y extranjera— en la explotación y comercialización de gas natural en el país. De este modo, se utilizarán tecnologías de primer nivel para obtener esta materia prima al menor coste posible, y así se producirán fertilizantes a precios bajos y competitivos. Al haber más empresas en el mercado, tanto en la producción como en la distribución de gas natural, éste ofrecerá mayor cantidad de productos a menores precios; lo cual siempre es beneficioso para el consumidor y para las empresas productoras de fertilizantes (Varian, 1999).

El impacto de tener más distribuidores de gas natural se verá en el aumento de su disponibilidad y permitirá fabricar agroquímicos nacionales con menores costes y mejores precios de venta. Los fertilizantes a precios competitivos ayudarán a reducir el coste de la producción de alimentos agrícolas y aumentar el consumo de fertilizantes, además de reducir las cantidades importadas (PRI, 2014). Sin embargo, la reforma energética no sólo trae buenas noticias, también ocasionará grandes amenazas en el sector de los fertilizantes. La mala nueva surgió cuando PEMEX anuncia la compra de la planta Agro-Nitrogenados S.A de C.V por una cantidad de 475 mdd. (CNN, 2014).

Esta empresa, localizada en Veracruz, era monopolio de la urea en nuestro país, ya que era la única empresa productora de este fertilizante. Sus cifras de fabricación alcanzaron las 3 mil toneladas mensuales de este producto entre 1992 y 1994. Sin embargo, con la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994, sobrevivió solamente por cinco años más. No pudo competir contra los fertilizantes de Estados Unidos y cerró sus puertas en 1999, unido a que PEMEX dejó de abastecer amoníaco debido a deudas millonarias de la empresa. Con esta decisión, México dejó de producir urea importando el 100 % del consumo nacional.

La empresa que adquirió PEMEX lleva 15 años parada, con maquinaria vieja, desgastada y tal vez inservible. Y si funcionara sería lo mismo, ya que su tecnología está obsoleta para la producción de fertilizantes en la actualidad. Por lo que, según PEMEX, tendrán que hacer otra fuerte inversión de 200 mdd para rehabilitar la fábrica y operarla. Se planea que todo el proceso se cumpla en 15 meses. Una vez concluidas las operaciones de Agro-Nitrogenados, PEMEX estima reactivar la producción de 900,000 toneladas anuales de urea. Esta cifra representa cerca del 75 % de la demanda nacional actual de este producto. Este nivel de producción podría sustituir más de 400 mdd anuales correspondientes a importaciones (CNN, 2014).

Con esta decisión, PEMEX y Agro-Nitrogenados se suman a las empresas ejercientes del oligopolio en el sector de los fertilizantes en México, disminuyendo en cierta medida el

mercado residual para los pequeños productores. Muchas de estas pequeñas empresas que planeaban iniciar operaciones de producción después de la reforma energética y la baja en el precio del gas natural, tendrán que limitarse a seguir importando el producto y luchar por sobrevivir en el mercado, ya que las grandes empresas serán las que dominen en gran parte las actividades de producción.

Será interesante observar cómo reaccionarán las empresas líderes del mercado ante la inminente entrada en vigor de la reforma energética. ¿Se podrá abastecer la demanda nacional con producción local, y las empresas pequeñas sólo podrán sobrevivir como distribuidoras?, ¿o seguirá existiendo un mercado residual aun después de la reforma energética que permita a empresas de menor escala la producción de fertilizantes? Hay que recordar que la demanda en este sector mantendrá índices crecientes constantes durante los próximos 30 o 40 años. Es probable que los índices de crecimiento del mercado y de la demanda tengan un ritmo más acelerado que la propia oferta y producción.

Las empresas medianas y pequeñas podrían verse tentadas a invertir en plantas y reactores para la producción de estos agroquímicos, sin embargo, los rendimientos a escala favorecerán a las grandes empresas debido al volumen de su producción. Como se mencionó anteriormente, la variable clave en este sector es el precio. Por lo tanto, se avocinan alianzas estratégicas entre empresas pequeñas, buscando compartir tecnología y capital con la finalidad de comprar reactores y realizar las producciones en conjunto para minimizar costes y tener la capacidad de fabricar a precios competitivos.

Seguramente, las empresas líderes aumentarán su dominio en el mercado con esta reforma, por lo que la competencia por sobrevivir en el mercado residual será incesante. El fenómeno de entrada de nuevas empresas se verá revertido totalmente, ya que comenzarán a bajar sus beneficios hasta hacerse negativos, lo cual ocasionará la salida de muchas firmas.

Una estrategia bastante agradable para las empresas pequeñas es la formación de alianzas entre ellos. Una alianza estratégica es un acuerdo voluntario entre dos o más empresas que involucra intercambiar, combinar o desarrollar conjuntamente bienes, servicios o tecnología. (Peng, 2010). Enfrentar al mercado individualmente será muy complicado, por lo que la cooperación es una buena salida.

Al combinar recursos y tecnología, las empresas serán capaces de reducir sus costes de producción y maximizar sus beneficios, lo cual permitirá tener márgenes más elevados de ganancia y un crecimiento más acelerado. Sin embargo, se enfrentan a un problema social generalizado en todo el mundo: la cooperación y el oportunismo.

Formar alianzas no es tan sencillo, y menos para empresas que se juegan su capital y su sobrevivencia. La mayor parte de las alianzas se disuelven por las prácticas oportunistas de su contraparte, lo que ha generado una sensación de malestar e incomodidad frente a estas estrategias de cooperación. Sin embargo, no dejan de ser una buena opción, y en este caso específico, al parecer es lo más viable.

La alianza y cooperación entre estas firmas tiene una amenaza creíble que puede favorecer la durabilidad de la alianza ya que resta incentivos a las firmas para desviarse de la estrategia. El que una empresa decida romper el acuerdo, pondría en juego el capital invertido y en mercados como éste, puede significar la desaparición de la firma.

## VII. MÉTODO

La metodología que se llevó a cabo en esta investigación fue totalmente descriptiva. Con base en datos obtenidos en el INEGI, FAO y ANIQ principalmente, se analizaron para

determinar la situación actual y las predicciones a futuro de dicho mercado. El estudio se realizó en mayor medida desde el punto de vista de la microeconomía y de la gestión estratégica.

## VIII. CONCLUSIONES

La reforma energética traerá consigo consecuencias que afectarán directamente a muchos sectores industriales mexicanos. Uno de ellos es el mercado de los fertilizantes químicos o inorgánicos. Con la entrada de nueva tecnología de la iniciativa privada, se aumentará la explotación y producción de gas natural. Esto permitirá aumentar la producción nacional, reducir las importaciones, incrementar el consumo y disminuir los precios de los alimentos agrícolas.

Sin embargo no todo es miel sobre hojuelas. Desde un punto de vista microeconómico podemos predecir que esta reforma beneficiará a las grandes empresas y perjudicará a las pequeñas. El oligopolio existente se hará más fuerte y abarcará mayor porcentaje de mercado, orillando empresas pequeñas a salirse de la competencia. Por otro lado, la interrelación estratégica llevará a las empresas en peligro de extinción a tomar medidas con el afán de poder competir por el mercado residual de este oligopolio y buscar aumentar su concentración de mercado. Algunas de estas medidas serán las alianzas estratégicas y las colusiones, donde combinarán capital, recursos y tecnología con el objetivo de maximizar sus beneficios y minimizar costes y mantenerse en pie firme dentro de la competencia.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN NACIONAL DE LA INDUSTRIA QUÍMICA (ANIQ), 2014.
- CNN. (2014, 16 de enero). *Pemex compra planta AHMSA por 475 mdd*. Recuperado de: <http://www.cnnexpansion.com/negocios/2014/01/16/pemex-compra-empresa-a-ahmsa-por-475-mdd>
- FAO. (2002). *Los fertilizantes y su uso*. Roma: FAO.
- GARCÍA, K. (2014, 16 de enero). Adquiere Pemex negocio de fertilizantes de AHMSA. *El economista*. Recuperado de: <http://eleconomista.com.mx/industrias/2014/01/16/pemex-alista-produccion-fertilizantes-mexico>
- GARCÍA, M. (2014, 23 de marzo). *Falta producción de fertilizantes*. Diario am. Recuperado de: <http://www.am.com.mx/notareforma/24980>
- GAUCHIN, D. (2013). *El mercado de los fertilizantes*. *El economista*. Recuperado de: <http://eleconomista.com.mx/columnas/agro-negocios/2013/08/19/mercado-fertilizantes>
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), 2014.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. (FAO), 2014.
- PENG, M. (2010). *Estrategia global*. México: Cengage Learning
- PEREA, E. (2013). *Sagarpa busca reducir importación de fertilizantes del 70 al 30 %*. Recuperado de: <http://imagenagropecuaria.com/2013/sagarpa-busca-reducir-importacion-de-fertilizantes-del-70-al-30/>.
- PARTIDO REVOLUCIONARIO INSTITUCIONAL (PRI), 2014.
- ROSSO, L. M. (2011). *El mercado de los fertilizantes en México*. México: Instituto Español del Comercio Exterior (ICEX).
- RUIZ FUNES, M. (2010, 10 de octubre). Producción de fertilizantes. *El Financiero*. Recuperado de: <http://www.elfinanciero.com.mx/opinion/produccion-de-fertilizantes-no-solo.html>
- SAGARPA. (2013). *El mercado de los fertilizantes: 2011-2012*. Recuperado de: <http://www.infoaserca.gob.mx/claridades/revistas/239especial/ca239especial-45.pdf>
- VARIAN, H. R. (1999). *Microeconomía intermedia: un enfoque actual*. Barcelona: Antoni Bosch.

## Normas de publicación

### Proceso de selección y evaluación de originales

La selección de los textos responderá a criterios de originalidad, novedad, relevancia, rigor y calidad metodológica. Los originales que no se atengan estrictamente a las normas de publicación que se indican a continuación, serán devueltos a los autores para su corrección antes de ser enviados a los evaluadores externos. Una vez que la secretaría compruebe el cumplimiento de las normas de publicación, los responsables de su autoría recibirán acuse de recibo de los originales remitidos con la indicación de la duración aproximada del proceso de evaluación. Los textos serán sometidos a la revisión de dos expertos ajenos al equipo editorial (doctores u otras personas de reconocido prestigio) del registro de evaluadores de la revista, siguiendo el sistema para el anonimato de doble ciego. Los responsables de la evaluación dispondrán de quince días para presentar el resultado del estudio, que podrá ser positivo, positivo con sugerencias o negativo. En el caso de que los responsables de la evaluación propongan modificaciones de forma motivada en la redacción del original, será responsabilidad de la revista -una vez informado el autor- del seguimiento del proceso de reelaboración del trabajo. El autor dispondrá de diez días para incorporar las sugerencias manifestadas por el equipo evaluador. En el supuesto de no ser aceptado para su edición, el original será devuelto a su autor junto con los dictámenes emitidos por los evaluadores. Antes de su publicación, los autores recibirán por correo electrónico la versión definitiva del artículo para hacer las correcciones oportunas de las pruebas de imprenta en el plazo de diez días (no se aceptarán cambios sustanciales, solamente modificaciones sobre la versión enviada).

La revista se compone de dos secciones fijas: Artículos y Recensiones. Los artículos son trabajos de investigación de interés científico en las áreas de la Ciencia Política, Administración, Sociología, Economía y Políticas Públicas. Las recensiones son comentarios de libros editados preferentemente en el año anterior al de la publicación del correspondiente número de la revista.

### Normas para autores

- 1\_** Las propuestas de colaboración con la Revista Gallega de Administración Pública se remitirán en formato editable como archivo adjunto en un mensaje de correo electrónico a la siguiente dirección: **ac.egap@xunta.es**.  
En el correo, el autor/a o los/as autores/as deberán indicar que conocen las normas de publicación así como que el trabajo presentado se trata de un texto original y no está incluido en otro proceso de evaluación.
- 2\_** Los trabajos deberán ser remitidos antes del 15 de mayo y del 15 de noviembre, para los dos números anuales. Las fechas de remisión y aceptación del original figurarán en un lugar visible de la revista.
- 3\_** Los trabajos enviados deberán cumplir las siguientes condiciones:
  - a) Ser inéditos y no estar incluidos en procesos de evaluación de otras publicaciones.
  - b) Estar redactados en cualquiera de los siguientes idiomas: gallego, castellano, portugués, francés, italiano o inglés.
  - c) Contener un mínimo de 30.000 caracteres y máximo de 45.000 en el caso de los "Artículos"; y, entre 3.000 y 10.000 caracteres en las "Recensiones".
- 4\_** Los trabajos que se proponen para su publicación como artículos deberán incluir, por este orden:
  - a) Un título descriptivo del contenido y su traducción al inglés. Además, se incorporará la información de todos los autores del texto (nombre, apellidos, profesión o cargo, el nombre de la institución de adscripción, el país de la institución y la dirección de correo electrónico).
  - b) Un resumen (de un máximo de 120 palabras) en el idioma en que se presenta el texto principal y su traducción al inglés de no ser esta la lengua empleada para su redacción.
  - c) Una relación de un mínimo de cinco palabras clave, y un máximo de diez, que identifiquen las materias sobre las que versa el texto principal, y su versión en inglés, de no ser esta la lengua empleada para su redacción.
  - d) Un sumario siguiendo la estructura de la CDU (Ejemplo: 1, 1.1, 1.1.1, 1.1.1.a ...).

e) El cuerpo principal del texto.

f) La bibliografía.

g) Las tablas, los diagramas y cuadros (máximo de 7).

**5\_** Los trabajos deberán ser cuidadosamente revisados por la(s) persona(s) responsable(s) de su autoría en lo tocante al estilo y respetarán además los siguientes requisitos:

a) Todos los trabajos deberán ser presentados a un espacio, con formato de fuente Times New Roman, tamaño 12.

b) Las notas figurarán a pie de página y guardarán una numeración única y correlativa para todo el trabajo. Las referencias bibliográficas se incluirán en formato abreviado (Ejemplo: Peters, 2002:123).

c) La bibliografía deberá contener con exactitud toda la información de los trabajos consultados y citados (autoría, título completo, editor, ciudad y año de publicación; si se trata de una serie, se indicarán el título y el número del volumen o la parte correspondiente), según el sistema Harvard.

- LIBRO: Alesina et. al. 1997. Political Cycles and the Macroeconomy. Cambridge: MIT Press.

- CAPÍTULO: Castles, F.G. 1982 <<Politics and public policy>>, en F.G. Castles (ed.), The Impact of Parties. Politics and Policies in Democratic Capitalist States. Londres

- REVISTA: Peters, G. e Pierre, J. 1998 << Governance without Government? Rethinking Public Administration>>, Journal of Public Administration, 8 (2): 223-243

d) Los documentos, fuentes o bases de datos publicados en Internet deberán indicar la URL respectiva, incluyendo la fecha de consulta (día-mes-año). Por ejemplo: <http://egap.xunta.es/publicacions/publicacionsPorCategoria/12> (26-09-2013).

**6\_** Derechos de autoría. Una vez que el consejo editorial acepte publicar cualquier material (artículo o reseña) recibido, los derechos exclusivos e ilimitados para reproducir y distribuir los trabajos en cualquier forma de reproducción, idioma o país, serán transferidos a la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP).









administración & cidadanía.

galicia Revista da Escola Galega de Administración Pública

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.



XUNTA DE GALICIA

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

administración & cidadanía.

Revista da Escola Galega de Administración Pública.

stración & cidadanía.