

Solucións cooperativas ante a  
(condicionada) disxuntiva entre  
a xestión directa ou indirecta  
dos servizos públicos locais

## **Soluciones cooperativas ante la (condicionada) disyuntiva entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales**

Cooperative solutions faced  
with the (conditioned) dilemma  
between the direct or indirect  
management of local public services

56  
Regap

LORENZO MELLADO RUIZ

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidad de Almería  
lmellado@ual.es

Recibido: 09/11/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O obxecto deste estudo é analizar a viabilidade funcional das técnicas de colaboración administrativa para a xestión dos servizos públicos locais. Ante a disxuntiva entre as fórmulas de xestión directa ou indirecta, e os intensos condicionamentos actuais das actividades locais de prestación, a xestión colaborativa preséntase como unha opción eficiente e asumible, nun contexto de incerteza adicional a causa dos procesos actuais de reasunción da xestión por parte das entidades locais, no caso de moitos dos servizos locais obrigatorios. O dereito europeo admite, así, a colaboración non contractual entre administracións, cumprindo determinados requisitos, pero cómpre un recoñecemento e un desenvolvemento específicos na normativa sobre réxime local.

**Palabras clave:** Xestión de servizos públicos, Administración relacional, relacións colaborativas, reinternalización de servizos, instrumentos de colaboración territorial.

**Resumen:** El objeto de este estudio es analizar la viabilidad funcional de las técnicas de colaboración administrativa para la gestión de los servicios públicos locales. Ante la disyuntiva entre las fórmulas de gestión directa o indirecta, y los intensos condicionamientos actuales de las actividades locales de prestación, la gestión colaborativa se presenta como una opción eficiente y asumible, en un contexto de incertidumbre adicional a causa de los procesos actuales de reasunción de la gestión por parte de las entidades locales, en el caso de muchos de los servicios locales obligatorios. El derecho europeo admite, así, la colaboración no contractual entre administraciones, cumpliendo determinados requisitos, pero es necesario un reconocimiento y un desarrollo específicos en la normativa sobre régimen local.

**Palabras clave:** Gestión de servicios públicos, Administración relacional, relaciones colaborativas, reinternalización de servicios, instrumentos de colaboración territorial.

**Abstract:** The purpose of this study is to analyse the functional viability of administrative collaboration techniques for the management of local public services. Given the disjunctive between the direct or indirect management methods, and the intense current conditions of local provision activities, collaborative management is presented as an efficient and acceptable option, in the context of additional uncertainty due to the current reinternalization processes of management by local entities, in the case of many of the mandatory local services. So European law supports the non-

contractual collaboration between Administrations, fulfilling determined requirements, but it is necessary a specific recognition and development in the regulations on local regime.

**Key words:** Management of public services, relational Administration, collaborative relationships, public utilities reinternalization, instruments of territorial collaboration.

**Sumario:** 1 Aproximación a las técnicas de gestión cooperativa en el ámbito local (como posible solución a un debate enquistado). 2 Grupo normativo básico y dialéctica entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales. 2.1 Sostenibilidad económico-financiera y gestión de los servicios públicos locales. 2.2 Legalidad y oportunidad de los procesos actuales de “reinternalización” pública de la gestión. 3 La gestión conjunta como *tertium genus*. 3.1 Caracterización general. 3.2 Técnicas cooperativas para la gestión eficiente de los servicios públicos: de la teoría a la práctica. 3.2.1 Ideas previas: ¿fomenta de verdad la LRBRL, tras su reforma, la gestión conjunta de servicios públicos? 3.2.2 Instrumentos de cooperación institucionalizada. 3.2.2.a Mancomunidades. 3.2.2.b Comarcas o entidades equivalentes. 3.2.2.c Áreas metropolitanas. 3.2.2.d Consorcios. 3.2.2.e Constitución de órganos o entidades supramunicipales de coordinación. 3.2.2.f Organizaciones de cooperación. 3.2.2.g Instrumentos orgánicos sin personalidad jurídico-pública. 3.2.3 Instrumentos de cooperación no orgánica o funcional. 3.2.3.a Fórmulas convencionales: convenios, redes de cooperación y otras modalidades de colaboración no institucional. 3.2.3.b Encomienas de gestión y uso de medios propios. 3.2.3.c Gestión compartida de servicios comunes. 3.2.3.d Mecanismos de coordinación o colaboración supra-locales. 3.2.3.e Mecanismos de cooperación interadministrativa: intermunicipal y supramunicipal. 3.2.3.f Fusión de municipios. 3.2.3.g Contratación conjunta. 4 Valoración final sincrética.

## 1 Aproximación a las técnicas de gestión cooperativa en el ámbito local (como posible solución a un debate enquistado)

No cabe duda de que uno de los debates más complejos en la actualidad acerca de nuestra tradicional figura de los servicios públicos en el ámbito local es el relativo a la forma –más idónea– de gestión de estos, y a su nivel (territorial) óptimo de prestación<sup>1</sup>, en un escenario legislativo de intensificación de los controles, rigideces y exigencias para su prestación<sup>2</sup>, y, en concreto, a la dicotomía básica entre su gestión directa, a través de alguna de las modalidades previstas legalmente, o su gestión indirecta a través de concesionario. La cuestión, como se sabe también, ha trascendido el propio ámbito jurídico-institucional, planteándose en términos poliédricos de equilibrio entre la ideología, la eficiencia y la discrecionalidad (motivada) de cada Administración titular, a la hora de decidir la forma de prestar sus servicios públicos.

Como casi siempre, los términos del debate no pueden ser absolutos, y cada opción presenta ventajas e inconvenientes.

La opción por la gestión directa o interna, en la creación o disposición de un nuevo servicio público (lógicamente en el sentido estricto del término, dejando fuera, pues, los denominados servicios de interés general, económicos o no), o en la recuperación/reinternalización de este, tras la finalización del contrato correspondiente o su resolución anticipada (rescate), lógicamente puede ofrecer, quizás, una mayor seguridad jurídica, control e intervención del gasto y fiscalización operativa sobre su desarrollo, aun a través de la interposición, habitual, de entidades de derecho público o privado dependientes, aunque podría chocar con los objetivos, ineluctables en el ámbito local, de reducción del déficit público, búsqueda de soluciones de eficiencia prestacional y reducción de los aparatos administrativos instrumentales.

1 Vid., en general, el conjunto de estudios contenido en FONT i LLOVET, T., y DíEZ SÁNCHEZ, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.

2 Por ejemplo, MELLADO RUIZ, L., *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI, Granada, 2014.

La gestión indirecta puede ofrecer, sí, versatilidad y adaptabilidad (de mercado), mayor eficiencia –basándose en soluciones de competencia efectiva– y reducción de estructuras/burocracia, a riesgo de “mercantilizar” la prestación de servicios necesarios e imprescindibles para los ciudadanos, con relativa pérdida de control, y sin garantías finales de una repercusión efectiva del ahorro económico en los ciudadanos, dado además el endurecimiento actual de las condiciones de la asunción del riesgo significativo en el caso de los nuevos contratos de concesión de servicios.

Como la solución no puede pasar tampoco, en tiempos de necesaria innovación (disruptiva o no) e –inevitable– modernización de las formas de organización y funcionamiento de nuestras administraciones públicas, incluyendo un nivel local de gobierno donde confluyen exigencias de control y supervisión superiores, de transparencia e integridad por la ciudadanía y de optimización/congruencia en las inversiones y dotaciones públicas, por la inamovilidad y el “apego” a la tradición (de una gestión burocrática poco flexible y adaptativa a los cambios), habría que pensar en fórmulas “alternativas” o “eclécticas”, moduladoras de un debate complejo sin soluciones unívocas, entre las que cabe situar las modernas posibilidades ofrecidas por la denominada Administración relacional o cooperativa<sup>3</sup>. Como se ha dicho, las nuevas circunstancias reclaman nuevas respuestas, fórmulas que adapten las viejas estructuras de la Administración local –heredera de los postulados revolucionarios– a los diferentes problemas del espacio que han de gobernar, y son muchos los supuestos en los que el municipio ha dejado de ser la más eficaz de las unidades de gobierno de las colectividades locales<sup>4</sup>.

La gestión agregada, conjunta o cooperativa de competencias, funciones o servicios públicos responde, así, a los nuevos planteamientos quizás no de innovación radical en las formas de gestión administrativa, pero sí de racionalización (auténtica, y no meramente nominal o cosmética) y congruencia institucional en las formas y capacidades de prestación por parte de las entidades locales. Muchos de los objetivos centrales de la última reforma administrativa básica, tanto desde la óptica organizativa o estructural como funcional o procedimental, enlazan con esta nuevamente potenciada “visión” estratégica y cooperativa en la gestión y desarrollo de las competencias y servicios administrativos. Y es que parece evidente que la búsqueda de la eficacia, la eficiencia, la evitación de duplicidades, solapamientos competenciales o gastos impropios, la simplificación de los procedimientos o las estructuras de gestión, el ahorro económico, etc.<sup>5</sup>, pueden intentar conseguirse, entre otras vías, a través de la cooperación, la conjunción de esfuerzos y gastos y la gestión compartida de bienes, servicios y ámbitos prestacionales, sobre todo en el nivel de gobierno con exigencias más rígidas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera como es el local, pero, a la vez, con menos capacidad de innovación normativa. Parece claro además que se trata de una alternativa plural mucho menos “traumática” que la “forzada” redefinición de los ámbitos

3 Así lo entiende, por ejemplo, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012, p. 605.

4 BARRERO RODRÍGUEZ, M.ª C., “Fórmulas asociativas municipales de prestación de servicios públicos”, Escribano Collado, P. (coord.), *Jornadas de estudios sobre consorcios locales: temas de Administración local*, Ediciones Adhara S.L., Madrid, 1995, p. 40.

5 Vid. en este sentido, por ejemplo, CHINCHILLA MARÍN, J.A., y DOMÍNGUEZ RÚJZ, M., “Los servicios públicos locales: reforma de la Administración local en tiempos de crisis económica”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015, pp. 45 y ss., y, sobre todo, las obras generales de COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, y EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

competenciales de los entes locales<sup>6</sup>. Porque la gestión conjunta persigue, de hecho, en sus múltiples variantes y manifestaciones, el propio ahorro o disminución, vía contribución compartida, prestación a escalas superiores o simplificación o reducción de estructuras, personal o procedimientos, del “coste” de los servicios, es decir, la sostenibilidad, aun cuantitativa, y no la “reducción”, de la actividad prestacional, en forma directa o indirecta, de la Administración<sup>7</sup>. Se trata en el fondo de buscar la solución organizativa más adecuada frente a las posibles insuficiencias de los municipios en el ejercicio de sus competencias.

En términos socioeconómicos se ha señalado que hemos entrado ya en la Tercera Revolución Industrial, en la “era colaborativa”<sup>8</sup>. Sea o no, en verdad, un nuevo paradigma o visión, lo cierto es que, en lo atinente al ámbito local, frente a propuestas parlamentarias y realidades normativas mucho más radicales y complejas (eliminación de determinadas administraciones públicas, fusión incentivada de municipios, coordinación superior de unas administraciones sobre otras, adelgazamiento forzado de los aparatos instrumentales, restricción del ejercicio de competencias impropias, atribución *ex lege* de competencias, etc.) y, en consecuencia, como ya se ha visto, de más difícil encaje en nuestro –cantonalizado– sistema de distribución de competencias, tachonado de “reticencias identitarias”<sup>9</sup>, la opción por las fórmulas y técnicas de cooperación, gestión conjunta o compartida y contribución (cualitativa o cuantitativa) a la gestión eficaz de los servicios públicos (propios o comunes) presenta tintes mucho menos dramáticos y costosos.

La crisis económica padecida, y proyectada legislativamente en suspicacia y recelo acerca de la libertad organizativa, reglamentaria y de prestación de los entes locales respecto de sus servicios y competencias propias (reflejo de la innegable garantía de la autonomía local y del mínimo de autonomía institucional implícita en ella)<sup>10</sup>, ha supuesto, como se sabe, una cierta involución en este ámbito: de las demandas de modernización y mejora en calidad de los servicios públicos se ha pasado, bruscamente, a la necesidad de su garantía y pervivencia, y, después, a la conveniencia de su readecuación o redimensión general para afrontar, de forma estratégica, su sostenibilidad.

La cooperación para la prestación de los servicios públicos locales ofrece, así, alternativas viables (aunque lógicamente no definitivas ni exclusivas). Frente a la atomización competencial, la fragmentación (institucional y territorial) de las capacidades de prestación social y la rigidez ordinamental de nuestro modelo de predeterminación legal superior de las competencias locales, la gestión cooperativa se basa, precisamente, en la contribución o sostenimiento conjunto de los servicios públicos, en la prestación agregada y lo más racional –y adaptada– posible de las prestaciones comunes, compartidas o solapadas, que admitan mecanismos de gestión relacional, corresponsabilización y funcionamiento conjunto. Nos encontramos,

---

6 En este sentido, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, cit., pp. 604-605.

7 MELLADO RUIZ, L., “Introducción: marco normativo actual de la gestión cooperativa o relacional en la Administración local. Una propuesta sistematizadora”, Mellado Ruiz, L., y Fornieles Gil, Á. (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 17.

8 DE LA ENCARNACIÓN, A.M., “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 5, 2016, p. 32.

9 Vid. DURÁN GARCÍA, F.J., “La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 57, 2016, p. 44.

10 Vid., por ejemplo, PAREJO ALFONSO, L., “Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local; comentarios de urgencia”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 30, 2012, pp. 58-68.

así, en el seno de un nuevo modelo de organización administrativa, despojado de imperatividad, privilegios y supremacía, e imbuido por las notas de equilibrio Administración/ciudadano, ordenación reticular o en red de los servicios y prestaciones y configuración funcional e interactiva, vía colaboración público-público o público-privada, de la ordenación y gestión de los servicios públicos. El “Estado relacional”, como una versión avanzada, quizás, de los modelos de garantía y regulación, vendría a ser, en definitiva, la evolución lógica del “Estado prestacional”<sup>11</sup>. La cooperación se convierte, en escenarios además de amplia descentralización y compleja distribución de competencias, en presupuesto liminar y estratégico de cualquier reto futuro de auténtica racionalización, organizativa y funcional, de la Administración local. Puesto que la auténtica legitimación actual del poder público, superadas ya las visiones formalistas ancladas en la autolegitimación democrática indirecta (legitimación institucional), pivota en la garantía y satisfacción de su última “función social”, también en sede de relaciones bilaterales o multilaterales.

Es evidente que en el ámbito de gestión (aún no de poder “creativo”) más cercano al ciudadano, y aun con las “reducciones” al respecto introducidas por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (en adelante, LRSAL), las exigencias constitucionalizadas de sostenibilidad financiera y equilibrio presupuestario no pueden comportar, de forma automática y general, una laminación institucional de sus competencias y servicios (desde su propia contribución inherente a su “recognoscibilidad institucional” y su misma naturaleza bifronte)<sup>12</sup>, por lo que se hace necesaria la edición de instrumentos alternativos o complementarios de cogestión o compartición de gastos y responsabilidades, a fin de convertir la “buena administración” en una Administración no solo eficiente, sino también inteligente y útil, y la propia desestructuración territorial de un modelo descentralizado pero no racional en fórmulas auténticamente “sistémicas” de relación y optimización “única” de la “respuesta plural” para los ciudadanos<sup>13</sup>. Es, precisamente, la misma habilitación constitucional que permite la incidencia básica estatal, con fines de garantía de estabilidad presupuestaria, sobre el régimen local, la que justificaría una ordenación igualmente estatal sobre las relaciones interadministrativas de cooperación<sup>14</sup>.

- 
- 11 Se ha explicado con claridad, en términos generales, que asistimos realmente en la actualidad a una recomposición, reajuste o recombinación de los ejes de relación entre el Estado y la sociedad (con un claro mayor protagonismo de esta y una pérdida de “poder interno” del primero), en una superación tanto de las visiones liberales y neoliberales como de la propia dogmática del estado social o postindustrial, entre otras razones, por su propia insostenibilidad, *vid. ESTEVE PARDO, J., La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 18-19.
- 12 Una cosa es, obviamente, la necesaria racionalización de estructuras y servicios, desde presupuestos no siempre equivalentes a las demandas de adelgazamiento o simplificación de los denominados procesos de “mitosis institucional”, y otra la “anulación fáctica”, por incapacidad competencial o estrangulamiento financiero, del nivel local de gobierno, desde los conocidos planteamientos actuales de garantía de la irreversibilidad de la dimensión social del Estado, y, en nuestro caso, del mínimo –aunque predeterminado legalmente– de servicios a prestar en favor de los ciudadanos, *vid. al respecto, por ejemplo, REBOLLO PUIG, M., “Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites”, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 48, 2014, pp. 4 y ss.
- 13 No está de más recordar en este punto las magníficas enseñanzas, imperecederas por lo demás, del profesor GONZÁLEZ NAVARRO, acerca del carácter sistémico de nuestra organización territorial administrativa, donde cada Administración pública es un subsistema del sistema global, cuya actuación aislada, incoherente o errónea repercutiría lógicamente en él, *vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F., Derecho Administrativo Español*, Vol. I, 2.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1995, pp. 459 y ss. Así lo recuerda, por ejemplo, LLISSET CANELLES, A., “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 11, 1997. Como bien dice la autora: “Lo importante es que las administraciones públicas, mutuamente interconectadas, cumplan unos objetivos de interés general (artículo 103 CE), que las leyes les asignan, sin que sea en exceso significativo para los ciudadanos que las incumbencias públicas sean desplegadas por una u otra Administración. De aquí el interés bastante reciente de la legislación, la doctrina y la jurisprudencia por las relaciones interadministrativas y las técnicas que utiliza el moderno derecho administrativo para instrumentarlas, como garantía de consecución eficaz del interés general”.
- 14 STC 41/2016, de 3 de marzo, primera en recaer sobre las demandas de invasión autonómica competencial por parte de la última reforma local (F.J. 8.º).

Todos estos planteamientos genéricos tienen ya, como se sabe, traducción expresa en las normas cabecera del nuevo marco regulatorio sobre organización y funcionamiento del sector público administrativo. Señala así el artículo 3.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), que las “*administraciones públicas* facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados”. Es verdad que es solo un principio general de actuación, huérfano de la extracción ulterior preceptiva de todas –o algunas de– sus proyecciones o manifestaciones concretas, pero claramente destila una apuesta del legislador por privilegiar o fomentar los mecanismos de gestión colaborativa. No se trata solo de garantizar o asegurar, sino de “facilitar” su existencia, y, además, de forma preferente (habrá que entender, en relación con otras alternativas de gestión). Y, aunque solo se refiere, en especial, a “servicios” y a “interesados”, es obvia la intención del legislador de superar su mera concepción programática, de tal forma que las administraciones públicas fomenten, en la medida de lo posible, soluciones cooperativas para la mejor satisfacción general de los ciudadanos. Cabría pensar incluso, en este sentido, que la no extensión de su obligatoriedad, como sí sucede para la Administración general del Estado, a los entes locales obedece no tanto a cuestiones materiales de reserva o retraimiento prescriptivo como a formales de limitación competencial basándose en el conocido carácter bifronte del régimen local en nuestro país<sup>15</sup>. Igualmente, y con carácter ya más general, dentro de la nueva y agregada sistematización de los principios generales informadores de las relaciones interadministrativas, el artículo 140 LRJSP se refiere específicamente a la “*eficiencia en la gestión de los recursos públicos, compartiendo el uso de recursos comunes, salvo que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento*”, principio estrechamente vinculado con la economía, en virtud del cual, entre varias alternativas que producen el mismo gasto debe seleccionarse siempre la que lleva al mejor cumplimiento de los objetivos de la Administración, y entre varias alternativas que conducen al mismo cumplimiento debe seleccionarse la que implica menor gasto<sup>16</sup>.

No es difícil trasladar estos planteamientos básicos, aun de naturaleza orgánica, al conjunto de las estructuras de poder de nuestro Estado, trascendiendo la mera gestión conjunta o colaborativa de servicios comunes, es decir, el aprovechamiento compartido (intraadministrativo) de utilidades y recursos, a escenarios mayores, pero también de confrontación entre la garantía de su mantenimiento y los límites de su sostenimiento, de colaboración interadministrativa para la adecuada, congruente e inteligente prestación de los servicios públicos a los ciudadanos.

El objetivo final de este estudio consiste, así, en analizar las posibilidades legales de colaboración funcional en la prestación de servicios públicos ofrecidas por nuestro ordenamiento jurídico local, partiendo, como se reseñaba, de la compleja dialéctica actual sobre las modalidades de gestión y sus condicionamientos.

15 El artículo 95.1 LRJSP consagra, así, una regla general a favor de la gestión conjunta en el ámbito estatal, de tal forma que la norma de creación de cualquier organismo público del sector público estatal ha de incluir necesariamente la gestión compartida de algunos o todos los servicios comunes, salvo que la decisión contraria de no compartirlos se justifique, en la memoria que acompaña a la norma de creación, en términos de eficiencia, en razones de seguridad nacional o cuando la organización y gestión compartida afecte a servicios que deban prestarse de forma autónoma en atención a la independencia del organismo.

16 SANZ RUBIALES, I., “Marco general de las relaciones interadministrativas”, Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 2860.

## 2 Grupo normativo básico y dialéctica entre la gestión directa o indirecta de los servicios públicos locales

### 2.1 Sostenibilidad económico-financiera y gestión de los servicios públicos locales

Como se sabe, el actual artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL), consagra la tradicional dualidad de formas de gestión de los servicios públicos locales sobre la base de ciertas premisas y condicionamientos previos y una posterior prelación de fórmulas en el caso de la gestión directa.

El punto de partida debería ser, sin embargo, a pesar de su falta de reconocimiento (legal) expreso, la afirmación de que los entes locales, en virtud de su autonomía constitucionalmente garantizada y de sus propias facultades de autoorganización institucional, pueden elegir, si no libremente, sí discrecionalmente, la forma de gestión de los servicios públicos (propios o impropios) que tengan atribuidos o asumidos. El artículo 30 RSCL sigue hablando de “plena potestad” en la organización de los servicios locales. Debería ser inherente a tal discrecionalidad el deber de motivación suficiente de la fórmula de gestión elegida, en su caso, desde los asumidos presupuestos actuales de la ausencia de alternativas indiferentes en el caso de la prestación o satisfacción de intereses generales, puesto que la Administración debe optar siempre, y justificarlo, por la mejor y más adecuada solución posible (también en el plano puramente organizativo)<sup>17</sup>, de tal forma que los condicionamientos y exigencias ancilares contenidos ahora en la ley en ningún caso podrían afectar a ese núcleo último de discrecionalidad, como “núcleo material de la decisión”. Cualquier decisión organizativa de la Administración, en torno por ejemplo a la fórmula elegida para la gestión de un determinado servicio público, debe aunar hoy un doble juicio o motivación: una justificación interna sobre la idoneidad, adecuación y congruencia, en términos cuantitativos y cualitativos, de la decisión, es decir, un juicio de razonabilidad, y una justificación externa sobre la estricta legalidad de los “aledaños” o aspectos colaterales a la decisión (aspectos competenciales, procedimentales, etc.). Y aunque se trate, lógicamente, de “test” genéricos y en cierta forma abiertos, su exigencia efectiva quizás produjera efectos más beneficiosos, en cuanto al acierto decisorio último, que los condicionantes específicos impuestos ahora en la ley.

Las formas de gestión son, en el fondo, “opciones”, posibilidades no indiferentes de elección de la mejor manera posible de actuar. Y no son realidades ni absolutas ni simples. Como bien se ha dicho, “constituyen una serie de modalidades funcionales, organizativas y financieras que ofrece el ordenamiento jurídico para alcanzar un mismo objetivo. Buscar la que nos ofrezca una mejor relación coste-calidad, en beneficio de los ciudadanos, se ha convertido en un objetivo esencial y prioritario”<sup>18</sup>.

17 Y en este sentido se ha apuntado que dicha potestad de autoorganización no desplaza ni anula la vigencia y el deber jurídico de cumplir con la normativa sobre contratación pública, de tal forma que para que la Administración pueda encargar el objeto propio de un contrato a un tercero (una persona jurídica interpuesta, aun en sede de gestión directa), dicho tercero ha de tener la consideración de medio propio en los términos que en la actualidad derivan del artículo 32 LCSP, *vid.* EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, <http://www.obcsp.es>.

18 MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 146, 2012, p. 13, y más ampliamente en MERINO ESTRADA, V., y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales*, CEMCI, Granada, 2018.

Cabe recordar en este sentido, en momentos, como se verá, de intensificación del debate sobre la conveniencia o no de recuperar los servicios previamente externalizados, la propia indisponibilidad (política y administrativa) y centralidad material –del ciudadano– y de los intereses generales subyacentes. Funcionalmente, es indiferente, sobre todo para la Unión Europea y sus grandes objetivos de liberalización de los mercados, uniformización de requisitos de actuación y consecución efectiva de los fines, generales o sectoriales, correspondientes, la fórmula de gestión (directa o indirecta) de los servicios, así como su modificación sobrevenida o, en su caso, transformación (que es en lo que consiste en realidad la denominada “reinternalización” de servicios locales), como lo es también, en este sentido, la forma de personificación o la denominación institucional o vestidura jurídica adoptada: lo trascendental es que nos encontremos ante un organismo de derecho público (regido por el derecho público o por el derecho privado, en todo o en parte), o ante un operador privado, y, en el primer caso, que actúe en el ejercicio exclusivo de potestades públicas o en régimen de mercado. Pues bien, las reglas (de organización, de contratación, de selección de personal, de gestión y control económico-presupuestarias, etc.) serán diferentes, pero los *finés subyacentes* no, que no vendrían a ser los *intereses subjetivos propios* de la entidad, sino los *intereses colectivos indisponibles* de la comunidad.

El derecho comunitario, desde la dialéctica basal entre la apertura a la competencia y la garantía de la prestación de los servicios de interés general se fundamenta, pues, en los principios de neutralidad y libertad de administración de las autoridades internas en la organización de sus servicios. Como dice el artículo 2.1 de la nueva Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, DAC), *“las autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos”*. El derecho comunitario no impone, pues, la fórmula concreta de gestión de los servicios de interés general. El principio de autonomía institucional (y dentro de este, singularmente, el de autonomía autoorganizativa), junto con los propios enfoques de (atenuada) aproximación funcional (principal) de las legislaciones internas en este punto (añadido ahora, como se sabe, al grueso de la normativa comunitaria general sobre contratación pública), desvelan el carácter subsidiario y neutral del ordenamiento comunitario a los efectos de la organización interna de la gestión de los servicios públicos.

Tras recordar el apartado primero del artículo reseñado que son servicios públicos los *“prestados por las entidades locales en el ámbito de sus competencias”* (sin mención, pues, al dato de la titularidad, pensando lógicamente en servicios no atribuidos, sino meramente reconocidos para su gestión, o en servicios meramente delegados, y, en fin, en las propias categorías comunitarias de los denominados servicios de interés general, y desde la confesada equiparación transversal de la ley entre competencias y capacidades, con lo que podría pensarse si este apartado no deja fuera de su ámbito de aplicación a la gestión de los servicios distintos de los propios o delegados que, en su caso, y en principio de forma no ordinaria, podría tener atribuidos un municipio ex artículo 7.4 LRRL), se empieza señalando que la gestión de los servicios o actividades reservadas (artículo 95 TRRL) habrá de hacerse, necesariamente, de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación. Podría dudarse, en la exégesis del precepto, si la alternativa decisional es

solo doble (es decir, gestión directa o indirecta) o abierta (es decir, comparando todas las formas posibles de una u otra modalidad, con lo que se complicaría aún más el análisis de sostenibilidad y eficiencia demandado por el precepto), pero está claro que la ley pretende “reducir” o “modular”, desde planteamientos de racionalidad económica fundamentalmente, dicho margen discrecional de decisión a la hora de decidir, a nivel interno, cómo gestionar los servicios públicos. Y, en principio, no habría excesivo margen de maniobra: la opción de gestión debe ser la más sostenible y eficiente de las posibles o existentes (aunque la ley no desarrolle, luego, en verdad, la instrumentalización operativa concreta de tal análisis, a través de informes, internos o externos, vía memorias propias, solo con una justificación doméstica, etc.). Realmente, este “análisis de eficiencia” debería ser reglado u objetivo, como expresión analítica de la ponderación económica del conjunto de costes y beneficios inherentes o vinculados a la opción elegida. La discrecionalidad política del órgano de resolución debería amoldarse, entonces, a los resultados –sin mucho margen de apreciación– de este. Pero, además, la forma de gestión elegida ha de ser la “más” sostenible (no en abstracto, sino de las posibles –¿disponibles?–): ello quiere decir que ese análisis de costes/beneficios no puede ser solo puntual, aislado o inicial, sino mantenible o perdurable, acreditándose, a través de los informes correspondientes, que la opción elegida será la que obedezca a criterios económicos de no incremento posterior de la deuda y de garantía de una gestión financiera equilibrada y solvente del servicio (no de la hacienda global).

Los dos informes reseñados dotan, claro, de racionalidad (al menos económica) a la decisión municipal (que, recordemos, hasta ahora consistía en una decisión puramente organizativa, aunque necesariamente sometida también al principio de buena administración), pero restringen considerablemente la “capacidad política” (y, por tanto, de adaptación a las propias peculiaridades) de maniobra<sup>19</sup>. Y es que, en la actualidad, el análisis económico de las decisiones administrativas resulta basilar, y de carácter estrictamente “jurídico”, y, por ello, parámetro de control y legalidad para la valoración de la racionalidad y razonabilidad últimas de esta.

Formalmente, el precepto ha sido ratificado claramente por el TC. Como se dice por ejemplo en la STC 41/2016, de 3 de marzo, que resuelve uno de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LRSAL, el artículo 149.1.18.º CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales, teniendo en cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado, por lo que cabe sostener que la nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen, con independencia de la eficacia real del instrumento, expresando una opción no solo legítima, sino “*estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales*”. Puede haber, pues, condicionamiento –básico estatal– de la autonomía local, pero no vulneración (por desconocimiento o anulación de su núcleo indisponible).

19 Como se ha dicho en relación con la reforma llevada a cabo con carácter general por la LRSAL, “buena parte de los supuestos en que se requiere el informe preceptivo del Interventor se refiere a ámbitos propios de la potestad de autoorganización municipal, por tanto, propio de la oportunidad o de la política, que resulta invadida sin justificación (p. ej. libertad de elección del modo de gestión de los servicios públicos). Lo mismo cabe decir de los informes sobre «eficiencia», que tienen carácter prospectivo y, por ende, también inciden en cuestiones de oportunidad”. VILLAR ROJAS, F. J., “Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 46, 2014, p. 49.

Desde la complementaria óptica material, claramente se impone una labor previa de ponderación o análisis de las repercusiones, a mi juicio no solo económico-financieras, de la fórmula de gestión proyectada, aunque los parámetros de contraste parecen orientarse claramente hacia dicha dirección<sup>20</sup>. Podría acudir a su significación en la propia normativa sobre estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero también sostenerse, como se ha entendido, que más que ante un mandato (completo y unívoco) de obligado cumplimiento nos encontraríamos ante un criterio o directriz –de necesaria integración con los demás, sobre todo en el caso de ámbitos decisionales complejos–, aun cuando lógicamente la libertad de elección del modo de gestión que subyacía a la redacción anterior de la ley haya desaparecido ahora<sup>21</sup>.

A partir de este condicionamiento genérico, la LRJSP muestra una clara preferencia por la gestión directa administrativa frente a la gestión directa empresarial (¿para una gestión económicamente eficiente del servicio?), y una “aparente” neutralidad en la determinación (discrecional) del carácter directo o indirecto de la gestión.

Efectivamente, cualquier ente local puede optar, para la gestión de sus servicios, por la gestión directa, a través de alguna de sus modalidades, o por la gestión indirecta, a través, ahora, del contrato de concesión de servicios (artículo 85.2 LRBRL). Pero esta aparente “indiferencia” contrasta, desde una visión de conjunto de la normativa y organización aplicables a las formas de actuación prestacional de las entidades locales<sup>22</sup>, con dos evidencias, contrapuestas a su vez entre sí. De un lado, el claro endurecimiento legal del recurso a las encomiendas de gestión o la utilización de medios propios para la prestación o ejecución de determinadas actividades de competencia local<sup>23</sup>, que parecería “favorecer” las fórmulas, menos condicionadas en cuanto a su opción (aunque sí en su tramitación) de apertura a la competencia y licitación de los servicios. Pero, de otro, la igualmente restrictiva ordenación actual de los contratos de concesión de servicios, caracterizados básicamente (con independencia realmente del objeto prestacional, de la entidad adjudicadora, de los medios de cobro, etc.) por la necesaria asunción del riesgo operacional de la actividad por el concesionario. Aun cuando haya que integrar esta regla –ineluctable sin embargo para el legislador comunitario– con el igualmente vigente principio general de riesgo y ventura en la gestión de los servicios de

20 Como se ha dicho, la vinculación de la fórmula legal a los entes locales se traduce en la búsqueda de la solución de gestión no solo más eficiente, sino también más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda, déficit y período de pago a proveedores y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado. Se apela de esta forma al principio constitucional de eficiencia, introduciendo la necesidad de buscar el equilibrio entre el criterio económico de los costes y el objetivo general de una prestación eficaz de los servicios públicos (artículo 31.2 CE), siguiendo a TORNOS MAS, *vid.* GARCÍA RUBIO, F., “Pros y contras jurídico-administrativos de la “reinternalización” (remunicipalización) de servicios locales”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, p. 176.

21 *Vid.* VILLAR ROJAS, F.J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016, pp. 99-100.

22 Entre otros motivos, por su difícil encaje en el propio modelo de distribución de competencias sobre el régimen local. Porque aparentemente el orden de prelación de este artículo 85.2 LRBRL parece tener carácter vinculante para todas las administraciones públicas, lo que chocaría con lo previsto en muchos de los estatutos de autonomía de nueva generación, donde expresamente se prevé la submateria modalidades de prestación de los servicios públicos como competencia exclusiva autonómica dentro de dicho régimen. No obstante, también ha recordado claramente el TC que este precepto, tras la LRSAL, condiciona evidentemente la autonomía local, pero no la vulnera (F.J. 14.º de la STC de 3 de marzo de 2016).

23 *Vid.*, así, los artículos 32 LCSP y 86.2 LRJSP. Visto en su conjunto (LRSAL y las posteriores leyes 39/2015 y 40/2015), posiblemente le resultaría más sencillo (y por ello “eficiente”) a una entidad pública (también local) contratar un servicio que tener que demostrar todos los requisitos que se exigen ahora para aprobar una encomienda de gestión, la creación de un consorcio o la creación/utilización de las vías de auxilio organizativo con personificación o no de estructuras especializadas.

interés general (a través de un adecuado reparto de beneficios y riesgos en los pliegos), lo cierto es que puede suponer un retraimiento de los propios operadores de mercado para presentar ofertas, sobre todo en el caso de servicios complejos, tanto por la falta de seguridad en la recuperación de las inversiones como por el propio incremento de responsabilidades de pura gestión económica en el fondo. Y, a su través, obligar a las entidades (locales) a optar, como alternativa, cuando realmente no haya riesgos empresariales, por simples contratos de servicios, con menos margen de maniobra (material y temporal) para ajustar la gestión a las cambiantes situaciones y necesidades sociales.

A su vez, y en segundo grado, si se opta por la gestión directa de los servicios, aunque se mantiene la enumeración de las distintas formas de implementación de esta (por la propia entidad local o a través de organismo autónomo local, entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública), la ley claramente privilegia ahora las formas jurídico-públicas sobre las jurídico-privadas. Solo podrá hacerse uso de estas últimas cuando se acredite, mediante memoria justificativa elaborada al efecto, que son más sostenibles y eficientes (lo que ya se exigía, genéricamente y de por sí, para cualquier decisión en este ámbito) que las formas o instrumentos jurídico-públicos. Y, para ello, habrán de tenerse en cuenta los criterios de *rentabilidad económica y recuperación de la inversión*. Parece clara, ante todo, la orientación de la ley: favorecer la gestión pública directa de los servicios públicos por encima de la gestión directa, pero a través de fórmulas de derecho privado. La razón última, lógicamente, no la explicita el legislador (¿desconfianza, acreditación de la menor eficiencia, calidad o seguridad jurídica de la aplicación del derecho privado, “vuelta a lo público” para el incremento de garantías y controles, etc.?). Ahora bien: si esto fuera así, si nos encontramos realmente ante una manifestación de una tendencia de “retorno al derecho administrativo”<sup>24</sup>, parecería lógico, primero, que los criterios orientadores para elaborar la memoria justificativa no estuvieran limitados, sino que fueran meramente enunciativos (cuestión no resuelta tampoco expresamente) y, segundo, que precisamente no pivotaran sobre la dimensión puramente económico-financiera de la gestión de los servicios (como parece). Utilizando solo los dos, aún genéricos, que marca la ley, parece difícil *a priori* justificar que la gestión (indiferenciada o no) por la propia entidad administrativa matriz va a ser más rentable económicamente que la gestión a través de una entidad pública empresarial dependiente de esta. Pero es que, además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa adicional del asesoramiento recibido, la cual se elevará al pleno para su aprobación (evidentemente, y pese a la confusa redacción legal, no solo esta, sino el expediente completo), y en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio y el apoyo técnico recibido, que, adicionalmente, deberán ser publicitados (tampoco se dice cómo). Finalmente, también se recabará (e integrará, se entiende) informe del interventor local (de legalidad, y no de oportunidad, como ha aclarado la STC 143/2013, de 11 de julio), quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 LOEPSF.

Así pues, las entidades locales tienen una doble limitación a su, en principio abierta, capacidad decisional-organizativa para adoptar la mejor fórmula de gestión para sus servicios públicos: primero, elegir la forma más sostenible y eficiente de entre las existentes y, segundo, optar por las formas mercantiles de gestión directa solo si se acredita, en una memoria justificativa *ad hoc*, su –de nuevo, y reduplicada– mayor sostenibilidad y eficiencia, sobre las formas

24 Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El retorno del Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 206, 2018, pp. 37-66.

administrativas. Es evidente que la recuperación de la credibilidad y confianza del ciudadano ante las instancias públicas pasa, entre otros factores, por una “vuelta” a lo público, a las exigencias, requisitos y condicionantes –acompañados ahora de medidas de simplificación, inteligencia y descarga burocrática– de la gestión jurídico-administrativa. No obstante, aquí hablamos de la gestión prestacional, más que de la tramitación de los expedientes administrativos de cobertura. Pero es que además, si esta es la intención real del legislador, no parece coherente reducir los criterios de elección a parámetros exclusivamente económicos. No puede –o no tiene sentido– comparar la gestión de un servicio a través de un organismo autónomo o a través de una sociedad pública local en puros y estrictos términos –abiertos por lo demás– de rentabilidad económica y recuperación de la inversión (cuando además, y como se sabe, la LOEPSF exige la sostenibilidad de las haciendas públicas en su conjunto, no de servicios o prestaciones concretas). Si esto es así, y no caben por ejemplo análisis adicionales de eficacia o eficiencia, o de calidad y adecuación de los servicios, el orden de prelación quedaría realmente difuminado<sup>25</sup>.

A este marco “condicional” básico habría que añadir, además, aunque obviamente no entremos en su desarrollo, las limitaciones –y preferencias– contenidas a su vez, en cuanto régimen bifronte, en la correspondiente legislación autonómica de régimen local, que tampoco ofrece una auténtica libertad de organización a las entidades locales<sup>26</sup>.

Frente a ello, y como decíamos, la gestión indirecta o contractual se presenta como simple alternativa o equivalente a la gestión directa administrativa, cuando en este caso no es que se utilice el derecho privado para la gestión de servicios de interés general, sino, más aún, que la Administración cede –o contrata– por completo la gestión efectiva y total de los servicios a operadores de mercado. No parecen equivalentes, pues, las reticencias del legislador en uno y otro caso. La obligación de justificar la mayor sostenibilidad y eficiencia –vía informes y memorias, y más allá de la indeterminada cláusula inicial del precepto– se exige solo en relación con la gestión directa empresarial, no en la gestión por contrato.

Sin entrar obviamente en su comentario, cabe solo recordar aquí que el reenvío de la LRBRL a esta modalidad hay que hacerlo ahora a la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), aunque no directa e inmediatamente, como cabría imaginar, al contrato de concesión de servicios (artículo 15), cuestionándose, entonces, el mantenimiento de las modalidades tradicionales en el ámbito local de esta modalidad (artículo 113 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de

25 Para un clarificador acercamiento a estas cuestiones, sobre un ejemplo concreto de la denominada “austeridad prestacional”, puede verse FORTES MARTÍN, A., “El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos: límites y afecciones provocados por la LRSAL”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, pp. 327-340.

26 Sirva como ejemplo el artículo 33.6 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, que establece que, si el ayuntamiento opta, originaria o sobrevenida, por la gestión directa de los servicios, dentro de las dos opciones posibles de organización, propia o indiferenciada o gestión a través de entidad vinculada o dependiente, tendrá preferencia la primera, es decir, el aprovechamiento (rentabilización) de las propias estructuras o servicios de gestión ya existentes en la Administración centralizada del municipio, sometiéndose la opción por las demás modalidades de personificación a la necesidad expresa de tramitar una memoria acreditativa de las ventajas que tendría dicha modalidad instrumentalizada de prestación, respecto a la prestación por la propia entidad local, incluyendo un estudio económico-financiero del coste previsible de su implantación. El objetivo es evidente: priorizar los recursos ya existentes y restringir la capacidad de personificación institucional (y, por tanto, de mayor coste desde el punto de vista organizativo y de personal) de las entidades municipales que opten por la gestión directa de los servicios. La proliferación y abuso que se ha podido hacer de la potestad de personificación (quizás no tanto en el plano local) es conocida y preocupante, pero quizás insuficiente, desde una óptica teórica, para estas manifestaciones de condicionamiento (y hasta restricción) de la necesaria libertad autoorganizativa de los entes locales para la mejor y más adecuada prestación de los servicios públicos y el ejercicio del resto de sus competencias.

servicios de las corporaciones locales), sino a este o al contrato de servicios (artículo 17), dependiendo, básicamente, de la exposición efectiva o no del contratista a los riesgos del mercado (de que se trate).

## 2.2 Legalidad y oportunidad de los procesos actuales de “reinternalización” pública de la gestión

La Unión Europea, de un lado, preconiza el paso del Estado prestacional o garantista al Estado regulador o estratégico, desde la centralidad de las libertades económicas comunitarias. Interesa no tanto la asunción directa de responsabilidades de ejecución como la garantía efectiva, vía regulación más control, de la prestación satisfactoria (por los poderes públicos o por los sujetos privados) de los intereses generales de –última– responsabilidad pública. Y, sin embargo, a nivel local, los servicios se recuperan, rescatan o, en general, se reasumen por parte de los ayuntamientos, para su prestación por gestión directa. Ambos movimientos podrían calificarse, metafóricamente, como “telúricos”. En el primer caso, por su casi inevitabilidad. Y, en el segundo, por su innegable trasfondo ideológico<sup>27</sup>.

Pero, sea cual sea la forma de gestión de los servicios, hoy por hoy, la decisión municipal correspondiente debe ser, en realidad, la más adecuada desde la imperativa perspectiva constitucional de la eficacia y la eficiencia. El artículo 135 CE no solo impone a todas las administraciones públicas la adecuación (global y, por tanto, también en sede organizativa) al principio de estabilidad presupuestaria, sino que, reforzando aún más las exigencias de este mandato (positivo ya) de optimización, impone a las entidades locales directamente la necesidad de alcanzar y mantener equilibrio presupuestario o superávit estructural (y además anualmente, y no en el ciclo económico, como sucede con las comunidades autónomas y el Estado). Los ayuntamientos, en función de sus contextos particulares, han de desarrollar, pues, una planificación estratégica de sus relaciones de colaboración interadministrativa, de la cartera de servicios que prestan las entidades públicas de su entorno y de los márgenes de autoprovisión con sus propias entidades instrumentales, para de este modo buscar una mayor eficiencia en la gestión de sus servicios, sin necesidad, como vamos a ver, de externalización contractual<sup>28</sup>.

Los procesos actuales de reasunción o recuperación de la gestión directa de los servicios previamente externalizados se han generalizado, como hemos anticipado, en el ámbito local de gobierno, sobre todo en el caso de grandes municipios. No hay, es verdad, una verdadera remunicipalización, ni una recuperación (sustantiva o formal) del servicio por la entidad local, sino, más simplemente, la transformación (vía voluntad organizativa) de la forma de gestión hasta ese momento aplicada<sup>29</sup>. La titularidad del servicio siempre fue municipal. Los

27 Vid. la caracterización general de este proceso en TORNOS MAS, J., “Servicios públicos y remunicipalización”, *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 76, 2016, pp. 51 y ss.

28 AMOEDO SOUTO, C.A., “La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J.J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017, p. 130.

29 La calificación correcta de este tipo de resoluciones administrativas también podría afectar al órgano competente para su adopción. Y es que, si se entiende que nos encontramos ante una simple modificación de la forma de gestión de un servicio público, su adopción podría hacerla, como decisión organizativa de alcance medio, el propio alcalde, en uso de sus facultades de dirección de los servicios (así, MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit.). Sin embargo, y sobre todo por tratarse en el fondo de una decisión con indudables efectos externos (para interesados, terceros, empleados públicos de la previa concesionaria, etc.), parecería

condicionantes jurídicos (reales) hay que confrontarlos, pues, desde esta realidad (de decisión autoorganizativa de cambio de la modalidad de gestión), y no desde otras paralelas o adyacentes. Otra cosa es que los efectos de la decisión sean, según la situación, más o menos importantes (obviamente no será lo mismo recuperar, podríamos decir *de oficio* la gestión del servicio una vez vencido el plazo de la concesión, o, antes de su vencimiento, por rescate, con incumplimiento o no de obligaciones, esenciales o no, del contratista). Pero, a pesar de ello, las posiciones parecen encontradas, sobre todo por el hecho de que, pese a esta naturaleza de “decisión organizativa”, la reasunción de un servicio provoca inevitablemente efectos sobre “terceros”, indeterminados (la ciudadanía, en general, como receptora de los servicios) o muy “determinados” (los empleados de la empresa concesionaria, fundamentalmente).

Frente a la “demonización” del mercado (como contrapartida en el fondo de la ruptura del mito de la mayor eficiencia de la gestión privada sobre la pública), el análisis fáctico y jurídico debe hacerse, en un ámbito relativamente discrecional como es el organizativo, desde la conveniencia, oportunidad y adecuación (globales) de las decisiones de gestión, optando no por una de las (supuestamente “indiferentes” variables), sino por la fórmula más eficiente, lógica y congruente posible con la satisfacción de los intereses generales implicados. Las decisiones organizativas no son ajenas, así, y como se señalaba, al deber estricto de motivación, y, por tanto, al control ulterior jurisdiccional de suficiencia, y a la necesidad de respetar, también aquí, las exigencias, cada vez mayores, del principio de buena administración (y organización).

No estamos, pues, ante controversias de legalidad (siempre y cuando el procedimiento de recuperación de la gestión se realice conforme a la ley), sino más bien de oportunidad o conveniencia, fundamentadas, en el fondo, en la potestad discrecional de la Administración para optar por la fórmula más adecuada para la ejecución de sus servicios.

Se ha achacado así a la gestión indirecta, aun con diferencias por sectores, menores niveles de calidad en la prestación, a causa de los mayores costes derivados del procedimiento de licitación y de las tareas posteriores de supervisión, control y resolución de controversias, así como, obviamente, la anteposición de los intereses privados (mercantiles) de los contratistas a la hora de ejecutar el contrato (en donde ya sin competencia se han detectado, generalizadamente, numerosas disfunciones y fraudes), y con repercusión, de nuevo (véase el caso, por ejemplo, de los modificados ilegales con incremento sobrevenido del precio del contrato) sobre las tasas de calidad, rendimiento y asequibilidad universal por parte de los usuarios (y, en ciertos servicios, auténticos “interesados” en su prestación).

Desde la perspectiva contraria, la creación de entes instrumentales –de derecho público o de derecho privado– para su gestión directa especializada, podría contribuir, en verdad, a un mayor control/intervención de la prestación, favoreciéndose la seguridad y estabilidad del servicio, aunque podría desincentivar, por su falta de adaptabilidad e innovación, la eficiencia global de la actividad.

---

más adecuado interpretar funcionalmente el artículo 22.2.º LRRL y atribuir dicha decisión al pleno, en cuanto “*aprobación de las formas de gestión de los servicios y de los expedientes de municipalización*”. Además, el artículo 86 LRRL, aun con una técnica algo imperfecta y ciertamente confusa (en la mezcla de categorías legales) confirma que corresponde al pleno de la respectiva corporación la aprobación del expediente que determine la forma concreta de gestión del servicio (asistematicidad derivada del hecho de su inserción a continuación del precepto que permite la iniciativa pública local para el ejercicio de actividades con contenido económico, en concurrencia o no con particulares).

A la luz de la normativa sobre concesiones actualmente vigente, cabría apuntar, finalmente, y a modo de síntesis, que la colaboración público-privada, vía contrato de concesión de servicios, contribuiría a los siguientes objetivos generales: i) mejora de la estabilidad presupuestaria general del ayuntamiento, por cuanto, aparte obviamente de la financiación ajena, directa o indirecta, del contratista –o los usuarios del servicio–, determinados gastos quedarían fuera del margen de consolidación; ii) traslado del riesgo significativo de la explotación del servicio al contratista-colaborador, otorgando mayor margen de maniobrabilidad, aun sin negar el principio general de riesgo y ventura, y la necesidad de garantizar el equilibrio económico de la ecuación financiera del contrato, a la Administración encomendante (lo que, a su vez, podría mitigar, en parte, los mayores costes de transacción de esta opción); iii) utilización de los nuevos criterios cualitativos de adjudicación centrados en la relación calidad/precio, en la búsqueda de una mayor eficiencia global y adaptabilidad coyuntural a los cambios y necesidades sobrevenidas de la gestión; iv) fomento de una mejor distribución de los fondos presupuestarios; y v) fortalecimiento, vía incremento de las obligaciones de transparencia y publicidad, de la seguridad jurídica, el control y la visibilización, con efectos de rendición de cuentas, de la gestión indirecta de los servicios públicos.

A mi juicio, realmente, más que un problema de titularidad (en mano y gestión públicas; en mano pública y gestión privada; o en mano y gestión privadas), se trataría de un problema de *adecuación y eficiencia en la ordenación y desarrollo del servicio*. La gestión pública ha de ser “responsable”<sup>30</sup>, con independencia de que los servicios se ejecuten directa o indirectamente. Un servicio público no va a ser, *per se*, más eficiente cambiando de “manos”. Han de serlo, y mantenerse las ratios exigibles de calidad, seguridad, accesibilidad y neutralidad (exigidas por la norma de cobertura) en cualquier caso. Los grandes principios informadores de la actividad prestacional (directa o indirecta) de las administraciones públicas, desde la propia convergencia de regímenes exigida por la Unión Europea –que no predetermina la forma de gestión–, son en el fondo estos (no cabe olvidar, así, que a nivel comunitario los servicios de interés general pueden ser prestados por poderes públicos pero también, como servicios regulados, por particulares, que pueden tener, lógicamente, interés económico en dicha gestión). Por tanto, ¿si un ayuntamiento no se ha mostrado “eficaz” en el control de la ejecución de un contrato de gestión de servicios, por qué presuponer que sí lo va a hacer asumiéndola directamente? Si los principios de transparencia, igualdad de trato, publicidad y libre competencia son exigibles hoy en día, rigurosamente, en todas las fases del contrato, incluida la de ejecución y extinción de este, ¿por qué presuponer que la gestión indirecta profesionalizada va a provocar peores resultados, en términos tanto cualitativos como cuantitativos de prestación, que si el servicio es gestionado directamente por la entidad local? Pero también a la inversa, ¿por qué la gestión empresarial, sin más, va a ser más eficaz que la gestión administrativa? ¿No podría ser al menos igual de operativa una gestión a través de un ente público jurídico-privado que mediante la actuación empresarial de operadores económicos privados?

Como vemos, se trata de una dialéctica, compleja y poliédrica de por sí, pero también perlada de prejuicios y presunciones<sup>31</sup>. Y, por ello, su resolución, lógicamente caso por caso, no

30 Por ejemplo, PALOMAR OLMEDA, A., “La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: Un análisis sobre las formas de actuación administrativa”, Ortega Álvarez, L. (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011, p. 144.

31 La bibliografía sobre el tema es ya abundante. Puede verse, por ejemplo, la reciente obra de ALEMANY GARCÍAS, J., y GÍFREU i FONT, J., *La recuperación de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2018, así como los estudios más concretos de MARTÍNEZ FERNÁNDEZ,

puede reducirse, aun desde su presupuesta y rigurosa fundamentación, jurídica y técnica, a un acuerdo del pleno correspondiente: la decisión sobre la recuperación o no de la gestión de un servicio (sobre todo en los casos de rescate anticipado sin incumplimientos constatados del contratista, y desde los actuales y rigurosos condicionamientos de tal facultad administrativa) debería articularse sobre la motivación suficiente y adecuada de dos órdenes de factores –o tensiones–, y, por ello, ejes de ponderación (relativa): la dicotomía entre el juego del mercado y la priorización de la eficiencia económica de la gestión derivadas de la libre competencia empresarial y la competencia frente a la (presumible) mayor seguridad/estabilidad y control/intervención implícitos en las fórmulas (municipales) de gestión directa; y, de otro lado, el equilibrio entre las posibilidades de gestión “propia” y los estrictos condicionantes actuales derivados, para el mundo local, de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>32</sup>.

### 3 La gestión conjunta como tertium genus

#### 3.1 Caracterización general

Es evidente que la gestión conjunta o colaborativa de servicios públicos es una submodalidad de la gestión directa. Son las propias administraciones públicas –o, a nivel interno, los órganos administrativos– las que asumen la prestación –u ordenación al menos– del servicio, pero de forma cooperativa. Su consideración “alternativa” devendría, entonces, de la propia funcionalidad de superación de los obstáculos, rigidices e insuficiencias atisbadas en las fórmulas clásicas de gestión. Por un lado, se modularían las críticas hacia la gestión indirecta, evitándose los procesos de remunicipalización “ideologizada” de los últimos tiempos, y se ofrecería una alternativa “pública” a los problemas inherentes –aunque lógicamente no irresolubles– a la externalización de funciones y tareas. Y, por otro, se ofrecerían alternativas innovadoras a las insuficiencias e incapacidades de la actuación local aislada o acantonada.

No es obviamente nada nuevo. Los principios de cooperación y colaboración son necesarios e inherentes a los modelos de descentralización del poder. Pero se trataría de acompañarlos con medidas concretas de articulación positiva. Los también conocidos principios actuales de necesidad y proporcionalidad de la actividad prestacional de la Administración contribuirían a la fundamentación teórica de un impulso –legislativo, y, sobre todo, ejecutivo– de estas

---

J.M., “La remunicipalización de servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 9, 2017, pp. 1195-1212; GRAU ARNAU, S., “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017, pp. 124-159; ESTEVE PARDO, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017, pp. 305-336; GIMENO FELIÚ, J.M.ª, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016, pp. 50-71; etc.

32 Sirva un claro ejemplo para tal afirmación: con la normativa básica sobre régimen jurídico del sector público en la mano, para la gestión del recurso recuperado no podría crearse, en principio, ningún órgano administrativo específico si supone (genérica, pero también indefinidamente) duplicación de otro existente (acreditación realmente exigente desde la perspectiva comparativa con el principio de libertad doméstica organizativa de las entidades públicas matrices o primarias), teniendo que demostrar además dicho informe de no duplicidad que no existe otro órgano en la misma Administración pública (en toda ella) que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población. Si la decisión fuera recuperar la gestión y crear una entidad instrumental para desarrollar el servicio, las exigencias no son menores. Según el artículo 81.1 LRJSP, de carácter básico, cualquier entidad institucional local no solo debe, obviamente, ajustarse a los principios de legalidad, eficiencia, estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, así como transparencia de gestión, sino además establecer, en el caso de las entidades locales territoriales y las entidades dependientes de derecho público, sistemas específicos de supervisión continua de sus propias entidades dependientes (de primer y segundo grado, pues), con “el fin de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y sostenibilidad financiera, y que deberán incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción”.

técnicas e instrumentos de satisfacción integrada de los intereses (comunes) generales. Sigue estableciendo así el artículo 6.1 del RSCL que *“el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen”*. Esta congruencia exige e impone un análisis de conveniencia y oportunidad de intervenir, la elección del instrumento más adecuado y proporcional y, en el caso de los servicios públicos en sentido estricto, optar por la fórmula de gestión más eficiente, económica e inteligente. Las técnicas de cooperación ejecutiva no son, claro está, soluciones mágicas ni universales, ni radicalmente innovadoras, pero sí, aparentemente, alternativas a una dualidad quizás superada. En ciertos supuestos, pueden asegurar mejor la prestación de los servicios (comunes o compartidos), tanto desde el punto de vista (genérico) de la adecuación, especialización y proporcionalidad de las medidas como del más específico (pero trascendental hoy) de la eficiencia, sostenibilidad y economía global de la prestación (por el hecho de compartir los gastos, evitar soluciones prestacionales duplicadas, obtener mayores ahorros a través de prestaciones en escala, etc.). Parece lógico que, como se ha dicho, dentro de las modalidades de gestión directa se opte, siempre, por la más adecuada a la naturaleza del servicio, y que, por ello, ofrezca menos tendencia al incrementalismo, y más eficiencia y calidad<sup>33</sup>. Y las potestades de autoorganización, y en este caso interrelación, no son sino decisiones organizativas de ajustamiento de los objetivos a perseguir (los de la prestación subyacente y los instrumentos exigidos ahora por el ordenamiento) a través de las capacidades y recursos disponibles, lógicamente mayores en el caso de la cooperación efectiva de esfuerzos. La satisfacción, en fin, de las demandas y expectativas de los ciudadanos impone siempre la elección de la fórmula más eficaz y eficiente, prestándose los servicios con calidad y a precios asumibles, y, en muchos casos, la más “connatural”, que podrá ser, sin problemas, una de las modalidades, fórmulas o expresiones de la acción colaborativa que se analizan a continuación.

Regap



ESTUDIOS

## 3.2 Técnicas cooperativas para la gestión eficiente de los servicios públicos: de la teoría a la práctica

### 3.2.1 Ideas previas: ¿fomenta de verdad la LRBRL, tras su reforma, la gestión conjunta de servicios públicos?

Partimos de un concepto amplio y funcional de cooperación y colaboración, aunque centrado en la gestión de los servicios públicos locales. Dentro del mismo, obviamente habría que incluir la cooperación pública-pública y la cooperación público-privada, que en esta materia se sustanciaría en la posibilidad, ya comentada, de la gestión indirecta, por particulares, de los servicios públicos, junto con otras modalidades admitidas a nivel autonómico, como por ejemplo las fórmulas asociativas de carácter privado, aunque nos centraremos específicamente, desde la perspectiva relacional pública aquí mantenida, en el primer ámbito, es decir, el conjunto de posibilidades, orgánicas o no, de los entes locales para la gestión relacional de las actividades y prestaciones de titularidad o competencia local (como alternativa, pues, tanto a dicha gestión externalizada como a la gestión directa autónoma o singular).

La cooperación intersubjetiva o interadministrativa para la gestión conjunta de servicios públicos admitiría, entonces, una gran clasificación de partida: técnicas orgánicas de cooperación, con constitución de nuevas estructuras y entes de gestión y técnicas no institucionalizadas,

<sup>33</sup> Vid. MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 19.

ahora promocionadas lógicamente, que no conllevan la creación de nuevas personificaciones, de derecho público o privado, para llevar a cabo dichas funciones prestacionales<sup>34</sup>.

Se trataría en el fondo de constatar realmente, a través del análisis de las distintas técnicas legales, si las ideas teóricas aquí lanzadas acerca de la viabilidad de las fórmulas cooperativas tienen o pueden tener una plasmación práctica u operativa, a la luz de la regulación actual del régimen local tras su amplia reforma de 2013. Una cosa son los principios y, dentro de ellos, la llamada a la colaboración prestacional o a la gestión conjunta de servicios comunes, y otra muy distinta la regulación específica de cada fórmula, instrumento o institución de agregación pública de esfuerzos, sometida, ahora, en general, a las medidas de restricción, intervención y control económico-presupuestario propias de dicha reforma.

### 3.2.2 Instrumentos de cooperación institucionalizada

#### 3.2.2.a Mancomunidades

Como se sabe, cualquier municipio puede asociarse con otros en mancomunidades para la prestación (conjunta) de servicios concretos de su competencia (artículo 44.1 LRRL). Las mancomunidades, en cuanto entes intermunicipales fruto del asociacionismo institucional, tienen, pues, personalidad jurídica propia (distinta de los municipios mancomunados) y capacidad jurídica consiguiente para el cumplimiento de sus fines específicos<sup>35</sup>. Son personificaciones jurídico-públicas, auténticos entes locales (artículo 3.2.c) LRRL), para la gestión compartida o integrada de servicios públicos (no necesariamente comunes, según la ley).

Aunque es evidente su capacidad y funcionalidad para la “ejecución” –señala la ley– de “servicios” (sin adjetivar), se trata, en la actualidad, no solo de una figura discutida –que incluso en el proyecto de la LRSAL iba a suprimirse en favor de las diputaciones provinciales–, sino sometida a un doble orden de restricciones, en cuanto dicha capacidad prestacional directa<sup>36</sup>.

De un lado, la limitación actual de su ámbito objetivo de posible actuación reducido ahora, en una redacción escueta y en cierta forma indeterminada, a la “ejecución común” únicamente de “obras y servicios determinados”. Y, de otro, la vinculación de esta capacidad funcional/prestacional con las actividades de la “competencia” de los entes asociados. Es verdad que el precepto no habla de competencias propias, en sentido estricto, pero así parece entenderse, de lo que resulta que solo cabría como modalidad de prestación colaborativa de servicios

---

34 Sobre la organización administrativa precisa para la prestación efectiva de los distintos servicios locales, resulta inexcusable la consulta de GARCÍA RUBIO, F., *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.

35 Sobre las mismas, recientemente, ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. extra 107, 2, 2017, pp. 173-212; BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., “Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: el mantenimiento final de la situación anterior”, Baño León, J. M.ª (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 2091-2113; HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M.; Tubertini, C., y Gonçalves, P. (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015, pp. 139-174; etc.

36 Su pervivencia obedece, lógicamente, a la propia incapacidad del legislador básico de régimen local para su directa supresión, sin contar con la colaboración normativa autonómica, máxima en este plano organizativo, así como a la inherencia de las potestades de asociación en relación con la propia garantía constitucional de la autonomía local y su núcleo básico indisponible (como ha puesto de manifiesto de hecho el propio Consejo de Estado).

comunes en los casos de las materias enunciadas en el artículo 25.2 LRBRL y los servicios obligatorios del artículo 26 LRBRL.

Aun desde el principio de especialidad funcional, se trata de organizaciones supramunicipales o intermunicipales basadas en la cooperación, gestión conjunta o compartida y corresponsabilización para la ejecución en común de obras y servicios de la competencia de las entidades integradas. Frente a la unión de esfuerzos y la propia agregación ejecutiva de intereses comunes, se trata de instrumentos de nueva personificación y, en ocasiones, duplicación –o al menos incremento– de estructuras, lo cual vendría a chocar con los grandes objetivos de racionalización estructural y “adelgazamiento” de la LRSAL. De ahí que se haya entendido, como decimos, que la creación de nuevas mancomunidades solo podría fundamentarse, a partir de la reforma, en alguna competencia propia de las entidades locales o, lógicamente, la prestación de alguno de los servicios obligatorios de estas.

Además, la ley ordena la adecuación de los estatutos de las mancomunidades ya existentes a lo preceptuado en ella, en un plazo (realmente breve) de seis meses, so pena de incurrir en causa de disolución (D. T. 11.ª LRBRL), mandato imperativo de reorientación o acomodación fundamentalmente competencial, pues la LRBRL se muestra, por falta de competencia, más escueta en relación con la dimensión orgánica y procedimental de las mismas, enormemente ambicioso –y radical–, pero seguramente de difícil realización.

### 3.2.2.b Comarcas o entidades equivalentes

Las comarcas o entidades equivalentes –de reconocimiento y regulación autonómicas– también siguen teniendo la consideración de entes locales (artículo 3.2.a) LRBRL). Obedecen a la existencia de intereses comunes entre los municipios agrupados, y pueden consistir, igualmente, en la prestación de servicios vinculados o derivados de aquellos. En este caso podría pensarse en una mayor capacidad competencial de actuación, puesto que la LRBRL reenvía para la concreción del ámbito objetivo de actuación de estas entidades a la legislación autonómica correspondiente (como manifestación de su mayor interiorización regional), aunque en cualquier caso *“la creación de comarcas no podrá suponer la pérdida por los Municipios de la competencia para prestar los servicios enumerados en el artículo 26, ni privar a los mismos de toda intervención en cada una de las materias enumeradas en el apartado segundo del artículo 25”* (artículo 42.4 LRBRL), regulación en negativo y de garantía de intervención que podría conducir a considerar ambos preceptos no como límites, como antes, sino como mínimos de actuación. En cualquier caso, y según la D. A. 6.ª LRSAL, esta ha de respetar la organización comarcal en las comunidades autónomas cuyos estatutos de autonomía tengan atribuida expresamente la gestión de servicios supramunicipales<sup>37</sup>.

### 3.2.2.c Áreas metropolitanas

Se recogen igualmente en el artículo 3.2.b), como entes locales “típicos”, y el artículo 43 LRBRL remite para su creación, modificación y supresión a la ley autonómica. Y se trata, como se sabe, de entidades integradas por los municipios de grandes aglomeraciones urbanas entre cuyos núcleos de población existan vinculaciones económicas y sociales que hagan necesaria

37 Al respecto, por ejemplo, GARCÍA RUBIO, F., “La articulación de un nivel local supramunicipal y la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. El conflicto provincias-comarcas y el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales”, *Documentación Administrativa*, n. 3, 2016.

la planificación conjunta y, en lo que interesa ahora, la “*coordinación de determinados servicios y obras*”. Más que nuevas entidades de gestión colaborativa, nos encontraríamos, en sentido estricto, con personificaciones de coordinación superior o directiva, en función de los intereses convergentes, para una mejor y posterior ejecución prestacional por parte de los municipios integrados. Su ámbito objetivo podría abarcar, pues, servicios locales, pero en principio no desde la perspectiva de una gestión directa conjunta y supramunicipal. En todo caso, los servicios y obras de prestación (aquí sí se menciona directamente) o realización (en formulación más ambigua) metropolitana y el procedimiento para su ejecución (¿administrativa o prestacional directa?) han de ser concretados por la legislación autonómica correspondiente (artículo 43.3 LRBRL).

### 3.2.2.d Consorcios

Los consorcios, como figuras asociativas de gestión conjunta, se regulan ahora, con carácter básico, en la LRJSP, desde una sistemática ciertamente discutible (la LRBRL se convierte entonces en meramente supletoria, ex artículo 119.3 LRJSP)<sup>38</sup>. Se intercalan, así, entre el régimen no básico de los dos grandes tipos de entes de naturaleza jurídico-privada del sector público estatal, empresas y fundaciones públicas (artículo 118 y ss.) cuando no es que no sean entes de este tipo, sino que difícil y restrictivamente cabe considerarlos como entidades de naturaleza institucional o dependiente. Son, como dice dicho artículo 118, “*entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada*”, pero, más que definidas por la dependencia, control o adscripción, son “*creadas*” por varias administraciones públicas o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas (siendo este el dato realmente distintivo), aunque en este segundo caso estas no podrán tener en ningún caso ánimo de lucro, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas, obviamente dentro del ámbito competencial respectivo (lo que, aplicable a los entes locales, conlleva la interpretación material restrictiva antes comentada), entre las que cabe incluir, sin problemas, la gestión o prestación conjunta o cooperativa de servicios públicos locales. La base no es tanto la dependencia, especialización funcional o instrumentalidad como la colaboración o asociación orgánica para el cumplimiento, vía creación de una nueva entidad, de intereses o fines comunes.

Es verdad, por un lado, que sus funciones aparecen ahora configuradas de forma muy amplia, pues no solo pueden desarrollar, como así ha sido hasta el momento, actividades de fomento, prestación o gestión común de servicios públicos, sino “*cuantas otras estén previstas en las leyes*”, pero también, por otro, y compensando esta relativa factibilidad, en línea con la propia –e indisimulada– filosofía de control e intervención, contención del gasto público y fiscalización de las actividades (y de ahí su forzada consideración como “entes institucionales” y su detallado régimen de adscripción), que su propia opción aparece ahora en la LRBRL sumamente restringida: como sucede con los convenios, la constitución de un consorcio local debe mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero es que además solo podrá utilizarse esta opción cuando la cooperación no pueda formalizarse –sin constitución, pues, de nuevas estructuras– a través de un convenio interadministrativo, y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita

38 Por todos, TOSCANO GIL, F., “Los consorcios administrativos”, Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 2641 y ss.

una asignación más eficiente de los recursos económicos y no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda de la entidad local –o entidades– de que se trate y del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos (artículo 57, 2 y 3 LRRL).

Aun con estas restricciones, es llamativa la ampliación del ámbito potencial de actuación de estas figuras asociativas en virtud del nuevo artículo 118.2 LRJSP y, por ello, su más que factible extensión para la gestión compartida o colaborativa de servicios públicos comunes o de interés común. Puede considerarse negativo el hecho de que suponen la constitución de nuevas estructuras administrativas de gestión pública, pero, desde una óptica positiva, podrá ser factible demostrar, vía agregación de recursos y cooperación ejecutiva, la mayor eficiencia sobre la gestión aislada o singular, así como la eliminación de duplicidades (la ley no exige la disminución de “estructuras” en realidad), puesto que la adhesión al consorcio comporta la cesión del ejercicio de competencias de los entes consorciados en el ámbito subjetivo de este (y, con ello, la unificación de mecanismos de gestión y procedimientos) y la efectiva sujeción a las exigencias de control económico-presupuestario, vía adscripción o dependencia funcional (y fiscalización ordinaria) a una Administración pública territorial. Subsistirá sin embargo la subsidiariedad frente a la opción convenial y los estrictos condicionamientos adicionales de eficiencia y sostenibilidad económicas.

### 3.2.2.e Constitución de órganos o entidades supramunicipales de coordinación

Es posible también la constitución –y, menos intenso, el aprovechamiento– de órganos o entidades supralocales de coordinación, entre cuyos objetivos se encuentre la composición y mayor coherencia de las actuaciones prestacionales de determinadas entidades locales –o simplemente unidades administrativas dentro de ellas– en la gestión de los servicios públicos, cuando se trate de la misma o similar materia, y con el objetivo último de obtener resultados comunes, convergentes o más eficaces en el fondo. Suponen, en principio, un incremento o duplicación de estructuras (y, con ello, posiblemente costes orgánicos y de personal), pero pretenden asegurar (aunque no desde una perspectiva puramente colaborativa) una mayor congruencia y efectividad en la actuación (propia) de las entidades locales coordinadas, vía fijación de objetivos comunes, consolidación material y ejercicio de potestades directivas.

Aparte lógicamente de la constitución *ad hoc* de órganos supralocales de coordinación de las competencias municipales de gestión (de regulación y competencia autonómicas, en su caso), cabría incluir aquí, obviamente, y sobre todo, la propia consideración asistencial y de coordinación supraterritorial de las diputaciones provinciales, cuya primera competencia básica consiste precisamente en la “*coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada*” de estos (artículos 31.2.a) y 36.1.a) LRRL).

### 3.2.2.f Organizaciones de cooperación

Del mismo modo, y dentro del marco sumamente flexible de los sistemas de prestación de servicios supramunicipales, es posible la creación, mediante acuerdo (no contractual) de órganos *ad hoc* para la gestión conjunta, integrada o colaborativa de los servicios públicos locales correspondientes. Es verdad que, como dice el artículo 58.1 LRRL, a través de ley, estatal o autonómica (según las competencias materiales), pueden crearse, para la coordinación administrativa, órganos de colaboración de las administraciones correspondientes

Regap



ESTUDIOS

con las entidades locales, aunque con funciones en principio meramente deliberativas o consultivas. Sin embargo, el artículo 144.1 LRJSP parece dar un paso más en relación con la funcionalidad prestacional de las técnicas de cooperación interadministrativa, permitiendo por ejemplo que la participación en dichos órganos de cooperación se traduzca en el acuerdo de medidas concretas en las materias sobre las que tengan competencias diferentes entes públicos. No obstante, se trata más bien de técnicas voluntarias de homogeneización o colaboración para asegurar que el ejercicio de las competencias respectivas se traduzca, en términos de mayor eficiencia, en una acción común.

### 3.2.2.g Instrumentos orgánicos sin personalidad jurídico-pública

Cabe hacer referencia finalmente a la posibilidad de utilizar entidades de gestión de naturaleza jurídico-privada (básicamente sociedades mercantiles públicas) para la gestión descentralizada (y en cierta forma también cooperativa) de determinados servicios públicos de carácter fundamentalmente económico<sup>39</sup>. Habrá que tener en cuenta en este caso los condicionantes ya comentados del artículo 85.2 LRBRL.

### 3.2.3 Instrumentos de cooperación no orgánica o funcional

#### 3.2.3.a Fórmulas convencionales: convenios, redes de cooperación y otras modalidades de colaboración no institucional

Frente a las fórmulas anteriores consistentes en la creación *ex novo* o la utilización, aprovechamiento o recuperación de entes con personalidad jurídica propia para la gestión directa colaborativa de los servicios públicos competencia de los entes locales vinculados, en este segundo gran grupo se incluyen las técnicas de colaboración no institucionalizada, como modalidad de la denominada “autoprovisión administrativa”<sup>40</sup>, consistentes en la mera actuación cooperativa y no formalizada de las entidades implicadas.

Destacan aquí, lógicamente, por su amplitud material, versatilidad (ahora más matizada) y flexibilidad funcional, las fórmulas convencionales, con los convenios de colaboración (ahora no adjetivados sin embargo) a la cabeza.

Son convenios, según el artículo 47 LRJSP, de carácter básico, los acuerdos jurídicos (y por tanto vinculantes) adoptados por las administraciones públicas y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes –incluido el ámbito local de gobierno pues– entre sí o con sujetos de derecho privado (entidades del sector público de naturaleza jurídico-privada o sujetos particulares) para un fin común (no necesariamente, y de forma expresa, de “interés general”)<sup>41</sup>. Los convenios de colaboración aportan, por tanto, igualdad

39 Conviene recordar que, en sentido estricto, y desde la clara distinción entre titularidad –de los servicios– y competencia –sobre los servicios–, los servicios públicos locales son prácticamente todos los servicios mencionados en el artículo 26 LRBRL más todas las actividades y servicios reservados del artículo 86.2, párrafo primero, de la LRBRL, DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5, 2014.

40 Vid. AMOEDO SUOTO, C.A., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 81 y ss.

41 Más detallada y específicamente se han definido los “convenios intermunicipales”, en cuanto especie de los convenios interadministrativos de colaboración, como “aquellos negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales que celebran entre sí, en posición de igualdad, los Municipios, en cuanto tales, sobre la disciplina del ejercicio conjunto de sus competencias o sobre los medios necesarios para su ejercicio, con el

entre las partes, conjunción de esfuerzos para la realización conjunta de intereses o fines públicos, adaptabilidad y singularidad en función de los objetivos a perseguir, posible atracción de la colaboración privada y, sobre todo, ahorro de costes desde la innecesariedad de constituir nuevos entes de gestión. Sin posibilidad igualmente, como en los instrumentos anteriores, de poder afectar a la titularidad de las competencias, en cuanto expresión en el fondo de la “*potestad organizativa externa*”<sup>42</sup>, es evidente que, aun con formulación indirecta en la ley, su objeto puede ser la gestión conjunta de medios y servicios públicos (artículo 48.3 LRJSP). Sí dice expresamente el artículo 57.1 LRRL que la cooperación (económica, técnica y administrativa) podrá tener por objeto tanto los “servicios locales” como, más indefinidamente, “asuntos de interés común”. Los límites a su utilización vienen establecidos ahora por las reservas y condicionamientos legales, así como por los celos, ciertamente justificados, al encubrimiento a través de estos de auténticos negocios contractuales. Por ello, los convenios no pueden tener por objeto prestaciones propias de los contratos (aunque cabría la duda sobre la interpretación de esta prohibición, articulada solo en función de dicho estricto criterio exclusivo o, más matizadamente, en función combinada de criterios objetivos y funcionales)<sup>43</sup>, su suscripción debe mejorar la eficiencia de la gestión pública y contribuir a la realización de actividades de utilidad pública, aparte de la necesidad, recurrente, de ajustamiento estricto a la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera<sup>44</sup>. Cuando se trate además de convenios económicos (con compromisos financieros), habrá que garantizar su sostenibilidad, debiendo quienes los suscriban tener capacidad para financiar los asumidos durante la vigencia del convenio (artículo 48.5 LRJSP).

Desde este punto de vista se trataría, pues, de colaborar o poner en común competencias propias y comprometerse, en función de un fin común, a la realización de los compromisos jurídicos correspondientes, a fin de mejorar la prestación de los servicios, tanto en términos de calidad y/o eficiencia, mediante su optimización/racionalización prestacional y económico-financiera, simplificación o unificación de mecanismos de prestación o ahorro de costes a través de la coparticipación pública.

Junto a este mecanismo, clásico y versátil, pero también discutido –en sede legal, fundamentalmente por la falta de control del gasto público asociado–<sup>45</sup>, existen en la actualidad, con

*fin de cooperar en la planificación o ejecución de las actuaciones que pretenden desarrollar para perseguir un objetivo común de interés público, de modo que dichas actuaciones alcancen la mayor eficacia y eficiencia posible en la consecución de tal fin*”, ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, cit., p. 612.

42 A través del convenio se busca, en el fondo, la colaboración de otra u otras entidades públicas para el ejercicio de competencias comparadas, concurrentes, indistintas o paralelas, o, al menos, un medio para la satisfacción de intereses mutuos aunque la competencia corresponda en exclusiva a una de las administraciones intervinientes, *vid.*, entre otros, LLISSET BORRELL, F., “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 67, 1990, y PAREJO ALFONSO, L., “La potestad de autoorganización de la Administración local”, *Documentación Administrativa*, n. 228, 1991.

43 Resulta de actual e inexcusable referencia en este punto el estudio de SANTIAGO IGLESIAS, D., “Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 617 y ss.

44 El artículo 57.2 LRRL, de necesaria interpretación conjunta con las exigencias básicas, bien que posteriores, de la LRJSP, añade además la necesidad de que a través del convenio se eliminen duplicidades administrativas, lo que habrá que entender en un sentido preferentemente funcional o de gestión, dado que los convenios no pueden suponer en ningún caso transacción o modificación de la titularidad de las competencias (que, vía ineficiencia normativa, pueden estar solapadas, duplicadas o inadecuadamente perfiladas) y tampoco consecuencias orgánicas o estructurales. Habría que entender pues por “*duplicidad funcional administrativa*” la ejecución simultánea –o coetánea, quizás– de una misma actividad, servicios o prestación realizada por dos o más administraciones públicas sobre el mismo espacio territorial y las mismas personas, *vid.* URRUTIA LIBARONA, I., “Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. especial 99-100, 2014, p. 2952.

45 *Vid.*, así, el Dictamen del Tribunal de Cuentas núm. 878, de 30 de noviembre de 2010.

mayor o menor formalización, y como expresión, se ha dicho, de la “nueva gobernanza” en este ámbito<sup>46</sup>, diferentes tipos de redes de cooperación entre municipios (u otro tipo de entidades de ámbito superior e inferior, e incluso entidades privadas), tanto a nivel interno como, sobre todo, supraestatal, cuyo objetivo es la colaboración informal en la consecución de objetivos comunes a través de la agregación sinérgica de esfuerzos<sup>47</sup>. Se reconocen, en abierto además, en alguna normativa autonómica como auténticos instrumentos de cooperación territorial<sup>48</sup>.

Y, junto a ello, dicha normativa autonómica abre la puerta a la formalización de otros instrumentos y fórmulas de colaboración interadministrativa de naturaleza no orgánica (“acuerdos de cooperación”), dentro de la habilitación general de asociación inter o supramunicipal recogida aún en la D. A. 5.ª LRBRL<sup>49</sup>.

### 3.2.3.b Encomiendas de gestión y uso de medios propios

La otra posibilidad de autoprovisión entre entidades del sector público, como fórmula de colaboración interna vertical, sería el uso de medios propios o la encomienda de actuaciones a entidades dependientes en el ámbito local. Es verdad que no hay aquí, estrictamente hablando, igualdad entre las partes, voluntariedad y cooperación institucional, sino más bien un mandato autoorganizativo de realización de determinadas actuaciones, entre las que se puede encontrar la propia gestión concesional de servicios. No obstante, desde el momento en que se produce una acción colaborativa entre la entidad matriz encomendante y la entidad vinculada encargada de la gestión, podemos entender la fórmula como una posibilidad más de acción conjunta en el ámbito local para lograr una prestación más eficiente, a través en este caso del propio ahorro en la externalización o la creación de nuevas estructuras paralelas o adicionales de gestión, de los servicios públicos locales afectados.

Como se sabe, el régimen jurídico de ambos mecanismos se halla ahora mejor deslindado que en la normativa previa, y ubicado, en el caso de los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados, en cuanto que el objeto de los mismos será “típicamente” contractual, en el artículo 32 LCSP, que establece los requisitos para su exclusión de las exigencias propias de los procedimientos de licitación, y, en el caso de las encomiendas administrativas de gestión, en el artículo 11 LRJSP, en cuanto que su objeto no puede consistir en alguna de las prestaciones propias de los contratos.

Siguiendo las exigencias comunitarias en este punto, ambas normas se muestran hoy enormemente restrictivas en cuanto a su utilización por parte de las administraciones públicas (así,

---

46 FERIA TORIBIO, J.M.ª, “Redes de cooperación local como expresiones de nueva gobernanza”, FERIA Toribio, J.M.ª (coord.), *Mancomunidades, Consorcios, áreas metropolitanas y redes de municipios*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013, p. 13.

47 Puede verse al respecto, entre otros estudios, BOUZA GARCÍA, L., “La participación autonómica y local en redes de cooperación europea”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 315-316, 2011.

48 Por ejemplo, artículo 2.3.b) de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía, o artículo 99 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi.

49 Es verdad sin embargo que, en principio, y a pesar de tratarse de fórmulas válidas de comunicación, interacción y cooperación intermunicipal, las agrupaciones o asociaciones de entes locales no tienen por finalidad directa la prestación de un determinado servicio público o la ejecución en común de obras y servicios, como finalidades clásicas de las fórmulas convencionales de cooperación local, sino más bien la promoción y defensa de los intereses comunes y específicos de sus miembros, concretándose su actividad fundamentalmente en la mediación, negociación y participación en órganos consultivos o deliberantes superiores, tanto estatales como autonómicos, *vid.*, al respecto, VILALTA REIXACH, M., “Nuevas formas de cooperación territorial: las organizaciones asociativas de entes locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006, pp. 299-330.

artículo 86 LRJSP), como respuesta seguramente a su anterior uso inadecuado o fraudulento, con ocultación de auténticas prestaciones contractuales o laminación de las exigencias básicas de concurrencia y publicidad de este ámbito, pero debería seguir siendo una solución válida, óptima y en principio eficiente, cumplidas las exigencias legales, para la realización, aprovechando los propios recursos, de determinadas actividades de gestión o prestación de servicios públicos.

### 3.2.3.c Gestión compartida de servicios comunes

El artículo 95 LRJSP se refiere a esta modalidad de colaboración ejecutiva en relación solo con la Administración general del Estado y, específicamente, desde la óptica de racionalización y optimización de los recursos de las entidades instrumentales dependientes de aquella. Desde esta perspectiva, esta opción se presenta, no obstante, como obligatoria, puesto que la norma de creación de los organismos públicos –y también en el caso de la ya existente– ha de incluir necesariamente la gestión compartida de algunos o todos los servicios comunes, salvo que la decisión contraria se justifique, en términos de eficiencia, en razones de seguridad nacional o cuando la organización y gestión compartida afecte a servicios que deben prestarse de forma autónoma en atención a la independencia del organismo. No se trata, en este ámbito, de auténticos servicios públicos con incidencia o efectos externos (aunque sí de servicios con relativa importancia, como los de contabilidad y gestión financiera o contratación pública), pero es evidente la finalidad de ahorro, simplificación de estructuras duplicadas, evitación de actuaciones y servicios concurrentes y agrupación formal y procedimental de actuaciones para aprovechar los recursos comunes. Cabría pensar, sin dificultad, que la no extensión de estas previsiones al ámbito local se debe más bien a la insuficiencia competencial del legislador básico en este punto (de clara naturaleza orgánica y de desarrollo normativo) que a un hipotético criterio diferente de estimación, sobre todo porque nos encontramos en realidad ante uno de los propios principios, sí de carácter básico, de información genérica de las relaciones interadministrativas. Como dice el artículo 140.1.f) LRJSP, todas las administraciones públicas han de actuar con “eficiencia en la gestión de los recursos públicos”, y relacionarse, con otras administraciones o entidades y organismos vinculados o dependientes, a través del “uso compartido de recursos comunes”, salvo, se añade, “*que no resulte posible o se justifique en términos de su mejor aprovechamiento*”. El uso compartido de recursos comunes es, pues, principio y regla general de actuación de cualquier Administración pública local, debiéndose justificar la actuación contraria, es decir, aislada o individual, en su propia e intrínseca imposibilidad (habrá que entender, material o lógica) o, más indefinidamente, en función del mejor aprovechamiento de dichos recursos.

### 3.2.3.d Mecanismos de coordinación o colaboración supralocales

También puede hablarse de mecanismos de interrelación, en este caso de naturaleza vertical, en los supuestos, presentes en el ámbito local, de ejercicio de potestades de coordinación o dirección por parte de administraciones públicas de ámbito territorial superior al municipio. Se persigue con ello, a la luz de la filosofía subyacente a la última reforma local, no tanto la colaboración institucional (aunque quizás sí la garantía prestacional al ciudadano) en materia de servicios públicos cuanto el control o la fiscalización superior tanto de los estándares, obvios, de legalidad y eficacia, como los más recientes de eficiencia y sostenibilidad

Regap



ESTUDIOS

presupuestarias en su ejercicio<sup>50</sup>. El ejemplo más destacable es ahora, como se sabe, la posibilidad, ciertamente condicionada, de coordinación de determinados servicios públicos obligatorios de los municipios con población inferior a 20.000 habitantes por parte de las diputaciones provinciales (artículo 26.2 LRBRL)<sup>51</sup>.

### 3.2.3.e Mecanismos de cooperación interadministrativa: intermunicipal y supramunicipal

La cooperación, entendida como la actividad relacional voluntaria de dos o más administraciones públicas, en el ámbito y ejercicio de sus respectivas competencias, de asunción de compromisos específicos en aras de una acción común (artículo 140.1.d) LRJSP), tiene también lógicamente manifestaciones específicas funcionales en el ámbito de las relaciones locales. Puede tratarse de acciones de cooperación entre municipios, para la consecución conjunta o sinérgica de objetivos comunes o compartidos de interés general, a través de los propios compromisos de acción individual orientada a dichos fines o la suscripción de acuerdos o convenios específicos de cooperación, así como de actuaciones de ámbito supramunicipal, con vinculación de entidades locales de diferente naturaleza jurídica, pero objetivos y fines igualmente comunes, destacando las propias funciones genéricas de cooperación y asistencia provinciales, en materia jurídica, económica y técnica, a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión (artículo 36.1.b) LRBRL)<sup>52</sup>.

### 3.2.3.f. Fusión de municipios

La fusión voluntaria de municipios, con reducción o supresión, pues, de estructuras orgánicas, tiene por objetivo mejorar la propia capacidad local de gestión de los asuntos y servicios públicos (artículo 13.3 LRBRL). A través de un denominado “convenio de fusión”, la cooperación se transforma en “integración”, y en la constitución consiguiente de un nuevo municipio. Frente a las –posibles y factibles– ventajas de esta reducción de estructuras, gastos y servicios y agregación de capacidades y recursos para la prestación más eficiente de los servicios públicos a las poblaciones fusionadas, lo cierto es que se trata de una medida –en cuanto voluntaria– de complicada aplicación, tanto por las propias, y también lógicas, reticencias identitarias y reservas –menos lógicas– político-partidistas, como por las propias dificultades, aun promocionadas por la ley, del procedimiento de fusión y sus resultados ulteriores<sup>53</sup>.

---

50 Como dice en concreto el artículo 10.2 LRBRL, “procederá la coordinación de las competencias de las Entidades locales entre sí, y, especialmente, con las de las restantes Administraciones públicas, cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades, incidan o condicionen relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarios de los de éstas”, confirmándose en todo caso dichas funciones de coordinación compatibles con la autonomía de las entidades locales (artículo 10.4 LRBRL).

51 Pero la LRBRL reconoce también funciones de coordinación superior y de supervisión (a las diputaciones provinciales y, en su caso, conjunta o aisladamente, a la comunidad autónoma correspondiente) en los casos de integración de servicios públicos como consecuencia de un proceso de fusión de municipios (artículo 13.5), del ejercicio de competencias delegadas (artículo 27.2), de la aplicación de medidas supramunicipales a incluir en los planes económico-financieros (artículo 116 bis.3), etc., aparte de las propias funciones de coordinación reconocidas genéricamente en el artículo 36 de dicha norma.

52 Como dice específicamente el artículo 36.2.b), las diputaciones provinciales o entidades equivalentes han de asegurar el acceso de la población de la provincia al conjunto de los servicios mínimos de competencia municipal y a la mayor eficacia y economía en la prestación de estos, mediante cualesquiera fórmulas de asistencia y cooperación municipal.

53 *Id.*, por todos, DURÁN GARCÍA, F., *La fusión de municipios como estrategia*, Dykinson, Madrid, 2016.

### 3.2.3.g Contratación conjunta

Una última medida, en fin, y dentro de un catálogo obviamente no cerrado de fórmulas no orgánicas de cooperación y colaboración en el ámbito local, para la mejor satisfacción de las necesidades públicas, podría venir constituida por los mecanismos de contratación conjunta esporádica o específica, es decir, sin constitución de centrales o estructuras conjuntas de contratación, permitida por la normativa comunitaria sobre contratos y también por la nueva LCSP, desde su necesaria delimitación, no obstante, con las fórmulas no contractuales sino cooperativas, de interrelación pública horizontal (artículo 31 LCSP). Se trataría de instrumentos de cooperación económica, orientados a la agregación de la demanda para una mayor optimización y ahorro en los aprovisionamientos públicos, y de auténtica racionalización de las técnicas de contratación. Esta solución plantea como ventaja adicional la innecesariedad de crear una nueva estructura profesional, utilizando los servicios existentes del poder o poderes adjudicadores, no siendo obligatoria su utilización ordinaria sino solo para los contratos que así convengan (por su propia naturaleza singular o aislada), en el instrumento formalizado de cooperación, los entes contratantes interesados, y pudiendo limitarse la colaboración solo a la selección del contratista correspondiente, reteniendo los distintos entes “asociados” las facultades finales de adjudicación y formalización del contrato, así como la vigilancia de la ejecución y el pago de la prestación.

Falta, no obstante, en nuestro ordenamiento positivo, pese a la habilitación directa comunitaria para su utilización, una regulación completa de esta posibilidad, más allá de su factible inclusión como modalidad de compra cofinanciada en el artículo 323.5 LCSP, donde simplemente se establece que *“cuando el contrato resulte de interés para varias entidades o departamentos ministeriales y la tramitación del expediente deba efectuarse por un único órgano de contratación, las demás entidades o departamentos interesados podrán contribuir a su financiación, [...], en la forma que se determine en convenios o protocolos de actuación”* (que no son ahora, curiosamente, y ya desde la LRJSP, auténticos convenios de colaboración, ex artículo 47.1).

## 4 Valoración final sincrética

Es evidente que no hay soluciones universales, ni siquiera genéricas o indicativas, tanto por la diversidad de fórmulas y mecanismos de gestión de los servicios públicos locales como por la misma diversidad y atomicidad inherente a nuestro marco y planta municipales. Pero sí que, en la actualidad, tanto las posibilidades de gestión directa como los contratos para la gestión indirecta se hallan sujetos, en la normativa correspondiente, a intensas y específicas limitaciones y condicionamientos de elección y aplicación. La potestad de autoorganización y ordenación de los servicios locales ha dejado de ser, hace tiempo, una mera potestad doméstica o interna, donde prácticamente las entidades locales tenían como único marco de referencia –y límite– las previsiones legales. El derecho a la buena administración incluye hoy el derecho –y el deber administrativo– a unas buenas (entendidas como oportunas, inteligentes y adecuadas, y no solo eficientes y sostenibles) decisiones organizativas. La regulación de las decisiones locales sobre organización y gestión de sus servicios pivota, así, sobre una serie de requisitos que limitan la capacidad decisional pública y la someten a diversos tipos de test: de legalidad y oportunidad, de eficiencia económica y presupuestaria y de coherencia y adecuación. Porque no se trata de medidas internas. Desde el momento de la afeción,

Regap



ESTUDIOS

aun indirecta, al gasto público, y, por tanto, al equilibrio presupuestario de la entidad, y sin olvidar obviamente los propios derechos e intereses legítimos de los destinatarios últimos de los servicios, nos encontramos ante decisiones claramente “condicionadas” (aunque no supongan obviamente, como viene recordando el TC, una laminación inasumible de la garantía de la autonomía local). Desde una necesaria óptica funcional, la gestión de los servicios públicos debe conllevar la articulación de la toma de decisiones organizativas desde la necesidad de garantía de la mejor ordenación de la capacidad y recursos propios para el logro efectivo del fin (normativo y social) perseguido<sup>54</sup>.

En este contexto, más que decisiones alternativas, entre las formas de gestión, quizás habría que plantear proposiciones sincréticas, de combinación de las soluciones más eficientes y lógicas posibles. Y, frente a los propios condicionamientos de la gestión directa (en el caso sobre todo de la utilización adicional, con o sin encomiendas, de personificaciones instrumentales o, si la gestión se asume como propia, de los límites de endeudamiento o desequilibrio financiero) o de las reticencias (ideológico-funcionales o directamente normativas) de las vías concesionales de gestión, la gestión colaborativa, relacional o conjunta se presenta como una alternativa posible y abierta de utilización, sobre todo en el ámbito –de más precariedad ejecutiva y presupuestaria– de los entes municipales.

Es verdad que la LRSAL ha parecido contraponer eficiencia a proximidad, y que las economías de escala y las soluciones supramunicipales no pueden hacer desaparecer las propias necesidades locales y la adaptabilidad de las soluciones de gestión a estas. Por eso deben convivir, o incluso ceder en ocasiones, ante las economías de alcance (o cercanía y exclusividad), articulando las medidas organizativas según la distribución territorial de la población, que pueden hacer más costosos los servicios, pero que son inevitables si se quiere atender las necesidades de los vecinos<sup>55</sup>. Pero también que frente a la escasez de medios o a la ineficiencia de soluciones aisladas de gestión municipal, resultantes muchas veces en mecanismos duplicados o fórmulas inoperativas, la colaboración territorial, orgánica o no, puede ofrecer soluciones innovadoras en este ámbito. Se trataría, pues, de tomar la decisión óptima, de entre las posibilidades (realmente no alternativas ya) ofrecidas por nuestra normativa, básica y complementaria autonómica, sobre régimen local, priorizando la adecuación, congruencia y eficiencia de los instrumentos a utilizar sobre los meros criterios económico-presupuestarios de condicionalización, y entendiendo como “mejor solución” la solución más adecuada, desde una lógica ponderación de costes y beneficios y, salvando la tradicional laguna regulatoria en nuestro ordenamiento jurídico (que daba flexibilidad, pero también inseguridad jurídica), articulando medidas efectivas de control –administrativo y judicial– sobre la suficiencia e inteligencia de la “justificación” decisional administrativa.

En definitiva, frente al silencio legal de la LRBRL en este punto, y el posible carácter excepcional de la gestión conjunta o cooperativa de auténticos servicios públicos –cuando no de lógica

54 Es verdad que, como se ha resumido, la jurisprudencia se ha mostrado tradicionalmente laxa en el control de las distintas manifestaciones de la potestad organizatoria de la Administración pública, entendiéndose que se trataba de una elección –obviamente no la más importante a nivel local– que respondía a “criterios extrajurídicos”, y más bien de “oportunidad y buena administración”, aun exigiéndose, de manera genérica, la demostración de que la elección respondía al interés general, demostración que habría que materializar “*en la memoria del expediente, en base a análisis prospectivos, con datos objetivos que permitan adoptar la decisión más próxima al óptimo deseable en términos de máximo beneficio para el ciudadano*”, MERINO ESTRADA, V., “Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales”, cit.

55 VILLAR ROJAS, F.J., “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 107.

prohibición, pero cuando se trate de auténticos contratos entre administraciones públicas, no excluidos–, lo cierto es que el derecho europeo admite, sin problemas, y cumpliendo las condiciones establecidas (de respeto fundamentalmente de la libre competencia del sector de que se trate y de trato igualitario a todos los interesados)<sup>56</sup>, la cooperación como vía para garantizar la realización de una misión de servicio público<sup>57</sup>, incluso de carácter contractual. Se precisaría, pues, completando la óptica meramente negativa actual de exclusión de aquellas relaciones que no supongan una auténtica colaboración real, un desarrollo efectivo de esta tercera modalidad de gestión de los servicios públicos, como alternativa prestacional y auténtica solución viable en términos de eficiencia, ahorro y sostenibilidad de la prestación de los servicios locales a los ciudadanos. Y, en fin, reflexionar, en cada ámbito y sus necesidades, sobre el alcance actual de las fórmulas objetivas y materiales de exclusión/inclusión dentro de las exigencias de la contratación pública y su compatibilidad con modelos, más flexibles, centrados en el fin o la causa de auténtica cooperación entre los poderes públicos y la motivación (conjunta) de satisfacción específica de servicios y actividades de interés público.

## Bibliografía

ALEMANY GARCÍAS, J., y GIFREU i FONT, J., *La recuperación de los servicios públicos locales*, Civitas, Madrid, 2018,

ALMEIDA CERREDA, M., “La cooperación entre Municipios: una posible alternativa a la reordenación de la planta local en España”, *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2012.

AMOEDO SOUTO, C. A., “La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.

AMOEDO SUOTO, C. A., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018.

56 Así, y fundamentalmente, artículo 12.4 de la nueva Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública. Como dice además expresamente el considerando 33.º, “los poderes adjudicadores han de poder optar por prestar de manera conjunta sus servicios públicos mediante cooperación, sin verse obligados a adoptar una forma jurídica particular. Dicha cooperación puede abarcar todo tipo de actividades relacionadas con la ejecución de los servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a los poderes participantes o que estos hayan asumido, como las tareas obligatorias o facultativas de las autoridades locales o regionales o los servicios conferidos a organismos específicos de Derecho público. [...] Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores”. Vid., con detalle, SANTIAGO IGLESIAS, D., “La aplicación de la normativa de contratación pública a las relaciones de colaboración público-público no institucionalizadas”, Guillén Caramés, J., y Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2017, pp. 215 y ss.

57 Vid. VILLAR ROJAS, F. J., “Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017, p. 6. Como dice el autor, deberían concretarse normativamente los presupuestos para permitir esta opción conjunta de gestión, las tareas susceptibles de esta modalidad y los límites a respetar, porque, en el fondo, “la gestión conjunta de servicios públicos entre varias Administraciones mediante contrato es perfectamente admisible, y ello aunque parte de su contenido incluya prestaciones propias de una obra, servicio o suministro, y que el mismo prevea transferencias financieras entre ellas para compensar los gastos incurridos”.

- BARRERO RODRÍGUEZ, M.<sup>ª</sup>C., “Fórmulas asociativas municipales de prestación de servicios públicos”, Escribano Collado, P. (coord.), *Jornadas de estudios sobre consorcios locales: temas de Administración local*, Ediciones Adhara, S. L., Madrid, 1995.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M.<sup>ª</sup>C., “Las mancomunidades en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: el mantenimiento final de la situación anterior”, Baño León, J. M.<sup>ª</sup> (coord.), *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, Tomo II, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- BOUZA GARCÍA, L., “La participación autonómica y local en redes de cooperación europea”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 315-316, 2011.
- CHINCHILLA MARÍN, J. A., y DOMÍNGUEZ RUÍZ, M., “Los servicios públicos locales: reforma de la Administración local en tiempos de crisis económica”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 14, 2015.
- COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014.
- DE LA ENCARNACIÓN, A. M., “El alojamiento colaborativo: viviendas de uso turístico y plataformas virtuales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 5, 2016.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I., “Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales, tras la reforma de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 5, 2014.
- DURÁN GARCÍA, F. J., “La fusión coactiva de municipios en España: principios, estrategia y resultados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 57, 2016.
- DURÁN GARCÍA, F. J., *La fusión de municipios como estrategia*, Dykinson, Madrid, 2016.
- ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., “La tipología de las entidades locales y las fórmulas institucionales de intermunicipalidad”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. Extra 107, 2, 2017.
- ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ESTEVE PARDO, J., “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017.
- EZQUERRA HUERVA, A. (coord.), *Crisis económica y derecho administrativo. Una visión general y sectorial de las reformas implantadas con ocasión de la crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, <http://www.obcp.es>.

- FERIA TORIBIO, J. M.<sup>a</sup>, “Redes de cooperación local como expresiones de nueva gobernanza”, FERIA Toribio, J. M.<sup>a</sup> (coord.), *Mancomunidades, Consorcios, áreas metropolitanas y redes de municipios*, Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, 2013.
- FONT I LLOVET, T., y Díez SÁNCHEZ, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.
- FORTES MARTÍN, A., “El nivel óptimo de prestación del servicio municipal de recogida de residuos domésticos: límites y afecciones provocados por la LRSAL”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.
- GARCÍA RUBIO, F., *La organización administrativa de las fórmulas de gestión directa de los servicios públicos locales*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.
- GARCÍA RUBIO, F., “La articulación de un nivel local supramunicipal y la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. El conflicto provincias-comarcas y el caso de las Comunidades Autónomas uniprovinciales”, *Documentación Administrativa*, n. 3, 2016.
- GARCÍA RUBIO, F., “Pros y contras jurídico-administrativos de la “reinternalización” (remunicipalización) de servicios locales”, Font i Llovet, T., y Díez Sánchez, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión. Actas del XXI Congreso de la Asociación Ítalo-Española de Profesores de Derecho Administrativo, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016*, Iustel, Madrid, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Derecho Administrativo Español*, 2.<sup>a</sup> ed., Vol. I, Eunsa, Pamplona, 1995.
- GRAU ARNAU, S., “Remunicipalización de servicios locales y competencia”, *Cuadernos de Derecho Local*, n. 43, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M., “Las mancomunidades y los consorcios”, Almeida Cerredá, M.; Tubertini, C., y Gonçalves, P. (dirs.), *La racionalización de la organización administrativa local: las experiencias española, italiana y portuguesa*, Thomson Reuters-Civitas, Madrid, 2015.
- LLISET BORRELL, F., “Los convenios interadministrativos de los entes locales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 67, 1990.
- LLISET CANELLES, A., “Incidencia de la figura de los convenios de cooperación interadministrativa en la teoría de las formas de gestión de los servicios públicos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 11, 1997.

Regap



ESTUDIOS

- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M., "La remunicipalización de servicios", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n. 9, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., *Génesis y realidad de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: ¿una nueva reforma económica local?*, CEMCI, Granada, 2014.
- MELLADO RUIZ, L., "Introducción: marco normativo actual de la gestión cooperativa o relacional en la Administración local. Una propuesta sistematizadora", Mellado Ruiz, L., y Fornieles Gil, Á. (coords.), *Gestión cooperativa en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- MERINO ESTRADA, V., "Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales", *Revista de Estudios Locales. Cunal*, n. 146, 2012.
- MERINO ESTRADA, V., y ORTEGA JIMÉNEZ, P., *Nuevos enfoques en la gestión de los servicios públicos locales*, CEMCI, Granada, 2018.
- PALOMAR OLMEDA, A., "La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa?: Un análisis sobre las formas de actuación administrativa", Ortega Álvarez, L. (dir.), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011.
- PAREJO ALFONSO, L., "La potestad de autoorganización de la Administración local", *Documentación Administrativa*, n. 228, 1991.
- PAREJO ALFONSO, L., "Crisis financiera estatal, racionalización de la Administración local y desarrollo de la garantía de la autonomía local; comentarios de urgencia", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n. 30, 2012.
- REBOLLO PUIG, M., "Sobre el adelgazamiento de la Administración, sus dietas y sus límites", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 48, 2014.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., "El retorno del Derecho Administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 206, 2018.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., "La aplicación de la normativa de contratación pública a las relaciones de colaboración público-público no institucionalizadas", Guillén Caramés, J., y Hernando Rydings, M. (dirs.), *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho administrativo*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2017.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., "Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos", Gamero Casado, E., y Gallego Córcoles, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- SANZ RUBIALES, I., "Marco general de las relaciones interadministrativas", Gamero Casado, E. (dir.) y Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- TORNOS MAS, J., "Servicios públicos y remunicipalización", *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*, n. 76, 2016.
- TOSCANO GIL, F., "Los consorcios administrativos", Gamero Casado, E. (dir.), Fernández Ramos, S., y Valero Torrijos, J. (coords.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico básico del sector público*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- URRUTIA LIBARONA, I., "Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. Especial 99-100, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "Nuevas formas de cooperación territorial: las organizaciones asociativas de entes locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 300-301, 2006.
- VILLAR ROJAS, F.J., "Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 46, 2014.
- VILLAR ROJAS, F.J., "Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 58-59, 2016.
- VILLAR ROJAS, F.J., "Los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos locales", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 7, 2017.

regap



ESTUDIOS



De novo sobre os negocios xurídicos  
excluídos da Lei de contratos  
do sector público: encargos a  
medios propios personificados e  
transferencias de competencias  
entre entidades públicas

**De nuevo sobre los negocios  
jurídicos excluidos de la  
Ley de contratos del sector  
público: encargos a medios  
propios personificados y  
transferencias de competencias  
entre entidades públicas**

56 Regap

Thinking again about exclusions  
from the Spanish Public Sector  
Contracts Act: In House Providing  
contracts and transfers of  
competences between public entities

Regap



ESTUDIOS

MARC VILALTA REIXACH

Profesor lector de Derecho Administrativo  
Universidad de Barcelona  
marc.vilalta@ub.edu

Recibido: 23/11/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

**Resumo:** Como vén sendo habitual, unha das cuestións problemáticas que derivan da aplicación da nova LCSP reside na determinación do seu ámbito material de aplicación, é dicir, que contratos deben quedar suxeitos á dita norma. Neste sentido, o noso traballo pretende contribuír a tal discusión, analizando xuridicamente dous dos supostos que poderían quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP.

Así, en primeiro lugar, faise referencia ao réxime xurídico dos encargos aos medios propios personificados previsto no artigo 32 da LCSP, pondo especial atención nos requisitos que se exixen para recorrer a esta figura e as dúbidas que pode suscitar a súa aplicación práctica. A partir de aquí, a exposición céntrase en examinar outro suposto distinto que, aínda que ás veces se confunde cos encargos a medios propios, presenta unha singularidade e réxime xurídico propios. Referímonos ás transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla na segunda parte do traballo, con esta denominación descríbense os supostos en que unha determinada entidade pública decide organizar a xestión das súas competencias directamente mediante a creación dunha entidade instrumental, supostos que, sempre que cumpran determinados requisitos, poden quedar excluídos do ámbito de aplicación da LCSP –e do réxime xurídico previsto para os encargos a medios propios personificados–.

**Palabras clave:** Contratación pública, encomenda de xestión, medios propios personificados, colaboración público-público, xestión de servizos públicos, xestión directa.

**Resumen:** Como viene siendo habitual, una de las cuestiones problemáticas que se derivan de la aplicación de la nueva LCSP reside en la determinación de su ámbito material de aplicación, es decir, qué contratos deben quedar sujetos a dicha norma. En este sentido, nuestro trabajo pretende contribuir a tal discusión, analizando jurídicamente dos de los supuestos que podrían quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP.

Así, en primer lugar, se hace referencia al régimen jurídico de los encargos a los medios propios personificados previsto en el artículo 32 de la LCSP, poniendo especial atención en los requisitos que se exigen para recurrir a esta figura y las dudas que puede plantear su aplicación práctica. A partir de aquí, la exposición se centra en examinar otro supuesto distinto que, aunque a veces se confunde con los encargos a medios propios, presenta una singularidad y régimen jurídico propios. Nos referimos a las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como se detalla en la segunda parte del trabajo, con esta denominación se describen aquellos supuestos en que una determinada entidad pública decide organizar la gestión de sus competencias directamente mediante la creación de una entidad instrumental, supuestos que, siempre que cumplan determinados requisitos, pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP –y del régimen jurídico previsto para los encargos a medios propios personificados–.

**Palabras clave:** Contratación pública, encomienda de gestión, medios propios personificados, colaboración público-público, gestión de servicios públicos, gestión directa.

**Abstract:** One of the most problematic issues that arise from the application of the new LCSP lies on the determination of its material scope, that is, which contracts should be subject to this Act. In this sense, our work wants to contribute to this discussion, analysing two of the cases that could be excluded from the scope of application of the LCSP.

In this sense, firstly we will examine the legal framework of In House Providing relationships regulated in article 32 of the LCSP. On that point, we will pay special attention to the requirements use this institution and the doubts that may arise from its practical application.

Secondly, we will focus our explanation on the transfers of competences between publics entities. Although they are sometimes confused with In House Providing contracts, those transfers have their own singularity and legal framework. This is the reason why we will dedicate the second part of the paper to study this case and their requirements to be excluded from the scope of application of the LCSP.

**Key words:** Public procurement, in house providing contracts, exclusions, cooperative agreements, public-public cooperation, vertical cooperation, transfer of competences, public services.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Los sistemas de cooperación vertical en la nueva LCSP. 2.1 Primer requisito: la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios. 2.2 Segundo requisito: la realización de la parte esencial de su actividad con el ente adjudicador. 2.3 Tercer requisito: cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas, su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública. 2.4 Cuarto requisito: el reconocimiento formal de la condición de medio propio. 2.5 Recapitulación. 2.6 ¿Un quinto requisito? El carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado. 3 La redistribución de competencias entre entidades públicas. 3.1 Asunción de responsabilidades y autonomía decisoria. 3.2 Ausencia de retribución y autonomía financiera. 4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados vs. transferencias de competencias entre entidades públicas.

## 1 Introducción

Sin lugar a duda, una de las cuestiones más complejas que se derivan de la aplicación de la normativa de contratos del sector público reside en la determinación de su ámbito material de aplicación. Ante la multiplicidad de relaciones que las diferentes entidades del sector público pueden establecer con otros actores, públicos o privados, no siempre resulta fácil identificar en qué supuestos estas relaciones deben quedar sujetas a las previsiones de la normativa contractual.

En este sentido, aunque, como venía sucediendo hasta ahora, la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), delimita su ámbito de aplicación material de un modo muy amplio –englobando todos los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza, que celebren las entidades del sector público con una persona

jurídica diferenciada (art. 2.1 LCSP)–, sigue previendo también toda una serie de negocios jurídicos, de carácter y contenido muy diverso, que quedan fuera de su ámbito de aplicación.

Uno de estos supuestos son las llamadas relaciones de *cooperación vertical*, que permiten a las diferentes entidades del sector público, siempre que cumplan estrictamente toda una serie de requisitos, poder encargar de forma directa –es decir, al margen de los procedimientos de adjudicación previstos por la ley– la realización de determinadas prestaciones contractuales a sus propios medios instrumentales personificados [art. 31.1 a) LCSP].

Aunque, como es sabido, la figura de los encargos contractuales a medios propios personificados no resulta nada desconocida en nuestro ordenamiento jurídico<sup>1</sup>, lo cierto es que la nueva LCSP introduce algunas novedades importantes. No solo porque, a pesar de que sigue partiendo del mismo esquema conceptual existente hasta ahora, prevé una regulación mucho más extensa y detallada que la prevista anteriormente en el TRLCSP –algo que puede observarse fácilmente con la simple lectura de los artículos 32 y 33 de la LCSP–, sino también, y sobre todo, porque incorpora de forma expresa tanto el nuevo marco normativo comunitario que se deriva de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, como la interpretación que de esta ha venido haciendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE)<sup>2</sup>.

Esta nueva regulación, además, se dicta con carácter básico, al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución, por lo que, tal y como prevé expresamente la disposición final primera de la LCSP, resulta de aplicación general para todas las administraciones públicas y organismos y entidades dependientes de ellas<sup>3</sup>. En consecuencia, deberán entenderse derogadas todas las disposiciones –estatales, autonómicas o locales– de igual o inferior rango normativo que se opongan a aquello previsto en la nueva ley.

Es precisamente en este nuevo contexto normativo en el que debemos situar el objeto de nuestro trabajo. Así, en las páginas que siguen a continuación nos proponemos analizar el régimen jurídico de los encargos a los medios propios personificados previsto en la LCSP, poniendo especial atención en los requisitos que se exigen para recurrir a esta figura y las dudas que puede plantear su aplicación práctica. Ahora bien, a partir de aquí, nuestro trabajo pretende también diferenciar la figura de los encargos a medios propios personificados de otro supuesto que, aunque aparentemente puede presentar un perfil muy similar, jurídicamente parece configurarse de un modo distinto. Nos referimos a las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Como veremos más adelante, a pesar de que presenta aún unos contornos un poco confusos, con esta denominación pretendemos describir aquellos supuestos en que una determinada entidad pública decide organizar la gestión de sus competencias directamente mediante la

- 1 Sin ir más lejos, el anterior Real decreto 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de contratos del sector público (en adelante, TRLCSP), ya recogía esta figura y establecía sus requisitos [véanse los artículos 4.1 n) y 24.6 del TRLCSP].
- 2 Es importante retener este dato por cuanto, como iremos viendo a lo largo de nuestra exposición, en materia de contratación pública la jurisprudencia del TJUE ha venido desarrollando un papel fundamental, conformándose como “un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea”. GIMENO FELIU, J.M., “La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015, pp. 82-83.
- 3 Se excluye de este carácter básico el apartado c) del artículo 32.6 de la LCSP (véase la disposición final primera de la LCSP), de acuerdo con la corrección de errores publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n. 126, de 24 de mayo de 2018, p. 54197.



creación de una entidad instrumental. En estos casos, a diferencia de lo que sucede con los encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), parecería que no estamos –ni tan siquiera desde un punto de vista formal– ante un acuerdo de voluntades de carácter bilateral, entre dos personas jurídicas diferenciadas, sino ante una decisión organizativa meramente unilateral. En consecuencia, por su propia naturaleza, esta decisión no daría lugar al nacimiento de un *contrato público* –en el sentido del artículo 2.1 de la LCSP– y, por lo tanto, podría quedar también excluida del ámbito de aplicación material de la LCSP.

No obstante, por el momento, dejemos aparcada esta discusión y centrémonos, en primer lugar, en analizar la regulación de los llamados *sistemas de cooperación vertical* [art. 31.1 a) LCSP], especialmente en lo que se refiere a los requisitos que se exigen para que una determinada entidad pueda ser considerada como un medio propio de la Administración.

## 2 Las relaciones de cooperación vertical en la nueva LCSP

Como ya sabemos, cuando la nueva LCSP regula los llamados *sistemas de cooperación vertical*, alude a los supuestos en que una entidad pública concreta decide encargar la realización de una determinada prestación contractual –la realización de obras, servicios o suministros– a sus propios medios materiales personificados y, por consiguiente, sin necesidad de recurrir contractualmente a ninguna entidad ajena a su propia organización.

Se refiere, por tanto, a una forma de actuación de la Administración pública cuya importancia, como veremos más adelante, reside en el hecho de que se atribuye la realización de prestaciones contractuales a otra persona jurídica diferenciada de un modo *directo*, esto es, al margen de los procedimientos competitivos de adjudicación de los contratos públicos previstos en la normativa contractual. Y es que cuando hablamos de sistemas de cooperación vertical nos referimos a relaciones puramente internas de la Administración que, aunque se formalicen entre dos personas jurídicamente diferenciadas, se producen en el seno de una misma organización administrativa, por lo que, desde un punto de vista material, no dan lugar al nacimiento de un verdadero *contrato público*.

Desde esta perspectiva, como apunta el propio enunciado del artículo 31 de la LCSP, los sistemas de cooperación pública vertical encontrarían su fundamento jurídico en la potestad de autoorganización propia de las diferentes entidades públicas. En efecto, la Administración pública, como cualquier otro sujeto, no está obligada a contratar nada que pueda hacer por ella misma<sup>4</sup>, de manera que el recurso a la contratación externa con los diferentes operadores económicos se convierte en una herramienta jurídica más a disposición de la Administración para el cumplimiento efectivo de sus fines, pero –como bien ha señalado nuestra doctrina– ni el derecho europeo ni nuestra Constitución incluyen preceptivamente un deber de los poderes públicos de garantizar un determinado mercado o nivel de contratación a los empresarios privados<sup>5</sup>.

---

4 En este sentido, el considerando 5 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, nos recuerda que ninguna disposición de la directiva obliga a los Estados miembros a subcontratar o externalizar la prestación de servicios que deseen prestar ellos mismos, previsión que se reitera con carácter normativo en el artículo 2 de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

5 Se han referido a la potestad de autoorganización como el principal fundamento de los encargos a medios propios personificados, entre otros muchos, SOSA WAGNER, F., “El empleo de los recursos propios por las administraciones locales”, Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 1317; HUERGO

De hecho, el propio TJUE se ha referido también a estas ideas cuando –por ejemplo, en la Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*– afirma que las directivas europeas sobre contratación pública no impiden que una autoridad pública pueda realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios, añadiendo que, en tales supuestos, no existiría un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora y, por lo tanto, no habría lugar a aplicar las normas europeas sobre contratación (F. J. 48)<sup>6</sup>.

Ahora bien, una vez admitida genéricamente la posibilidad de que la Administración pública pueda valerse de sus propios recursos materiales –incluso personificados– para el cumplimiento de sus funciones, se nos plantea otra duda igualmente importante: ¿cuáles son los criterios que, de acuerdo con la legislación española, permiten considerar que la Administración actúa a través de “sus medios propios personificados” [art. 31.1 a) LCSP]? En otras palabras, ¿en qué supuestos podemos afirmar que estamos ante una relación de carácter meramente interno?<sup>7</sup>

Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta, en primer lugar, que la nueva LCSP establece un régimen diferenciado en función de si el encargo a los medios propios personificados es realizado por un poder adjudicador (art. 32 LCSP) o bien por otra entidad del sector público que no tenga esta consideración (art. 33 LCSP). Es cierto que, desde un punto de vista general, los requisitos que se exigen en ambos casos son conceptualmente similares, pero también lo es que la regulación prevista para los encargos efectuados por las entidades del sector público que no son poderes adjudicadores resulta menos densa y un poco más flexible.

En nuestra opinión, desde un punto de vista meramente formal, esta dualidad de regímenes podría explicarse por el hecho de que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, se refiere únicamente a los contratos públicos formalizados por los *poderes adjudicadores* (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE). Por lo tanto, al transponer la normativa comunitaria, los Estados miembros disponen de mayor libertad para regular la contratación del resto de entidades públicas que no tienen dicha condición, respetando siempre, eso sí, los principios de publicidad, transparencia, no discriminación e igualdad de trato que se derivan de las libertades comunitarias.

Sin embargo, más allá de esta constatación formal, creemos que esta previsión puede tener cierto interés por cuanto viene a resolver alguna de las dudas planteadas con el anterior

LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración Pública*, n. 154, 2001, p. 161 o, más recientemente, AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, *Revista de Administración Pública*, n. 205, 2018, pp. 85-86.

6 Posteriormente, el TJUE ha venido manteniendo el mismo criterio en otras muchas sentencias. Por ejemplo, en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. J. 57) o en la Sentencia de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06, *Comisión de las Comunidades Europeas/República Federal de Alemania* (F. J. 45).

7 Como es sabido, la respuesta a esta pregunta nos ha venido dada principalmente por la jurisprudencia del TJUE. A lo largo de sus resoluciones –y, muy especialmente, a partir de la importante Sentencia de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl*– el TJUE ha ido identificando toda una serie de requisitos y condiciones para poder hablar de la existencia de un medio propio de la Administración. Estos, a su vez, han sido codificados en la mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero y, mediante la LCSP, incorporados también al derecho interno de nuestro país.

TRLCSP. En efecto, como habíamos apuntado en alguna ocasión<sup>8</sup>, el artículo 24.6 del TRLCSP se limitaba únicamente a regular los encargos efectuados a sus medios propios por los poderes adjudicadores, con lo que parecían excluirse de esta figura los encargos que pudieran realizar a sus propios medios las demás entidades del sector público que no fueran poderes adjudicadores. Todo ello planteaba la paradoja de que precisamente las entidades que, en aras de una mayor flexibilidad y eficacia, se sometían en menor medida a la legislación contractual verían limitada su capacidad de autoorganización de forma mucho más severa, debiendo someter los acuerdos contractuales a los que pudieran llegar con sus propios medios personificados a lo previsto en el TRLCSP.

Con la nueva regulación, se aclara esta situación y se amplía notablemente el ámbito subjetivo de aplicación de esta figura, extendiéndose al conjunto de entidades del sector público, sean o no poderes adjudicadores, si bien en este último caso se prevé un régimen jurídico específico en el artículo 33 de la LCSP.

De todos modos, debemos añadir que, sin negar la posibilidad de que todas las entidades del sector público puedan realizar encargos a sus medios propios personificados al amparo del artículo 31.1 a) de la LCSP, la coherencia de nuestro sistema jurídico-administrativo y la naturaleza instrumental de los diferentes organismos públicos aconseja ser prudentes a la hora de permitir a dichas entidades recurrir a sus medios propios personificados. Si la creación de esos organismos públicos responde verdaderamente a un supuesto de descentralización funcional, que se justifica en razones de eficacia y de especialización, resulta cuanto menos discutible la posibilidad de que estos, a su vez, para el cumplimiento de sus funciones tengan que recurrir a otras entidades instrumentales con personalidad jurídica propia.

En cualquier caso, si centramos nuestra atención en la regulación de los requisitos concretos que se exigen para que los poderes adjudicadores puedan recurrir a sus propios medios personificados prevista en la LCSP, podremos comprobar cómo esta no resulta demasiado innovadora, aunque sí notablemente más exigente<sup>9</sup>. En particular, el artículo 32.2 de la LCSP nos dice:

“Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de una única entidad concreta del sector público aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que el poder adjudicador que pueda conferirle encargos ejerza sobre el ente destinatario de estos un control, directo o indirecto, análogo al que tendría sobre propios servicios o unidades, de manera que el primero pueda ejercer sobre el segundo una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas [...].

8 VILALTA REIXACH, M., “Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)”, Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, p. 955. En el mismo sentido, PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010, pp. 29-30.

9 En este sentido, por ejemplo, NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 688. Igualmente, sin negar que se ha aprovechado la aprobación de la nueva LCSP para recoger con apego literal la normativa europea en esta materia, se ha afirmado que se ha perdido quizá una buena oportunidad para acometer una regulación integral de la autoprovisión administrativa, incluso segregando esta materia en una ley específica. AMOEDO SOUTO, C., “En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos”, cit., pp. 110-111.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que hace el encargo y que lo controla o por otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo [...].

c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación [...]”.

Por lo tanto, de forma similar al anterior artículo 24.6 del TRLCSP, este nuevo precepto impone también el cumplimiento acumulativo de cuatro requisitos. Solo en el supuesto de que se cumplan todos y cada uno de ellos, el encargo efectuado –tal y como prevé el artículo 32.1 de la LCSP– no tendría la consideración de contrato y, en consecuencia, su régimen jurídico quedaría fuera del ámbito de aplicación de la nueva LCSP.

En este punto, queremos llamar la atención sobre la referencia prevista en el artículo 32.1 de la LCSP a la no consideración de los encargos a medios propios como un contrato. En nuestra opinión, esta afirmación podría resultar cuestionable. Desde un punto de vista formal, entendemos que dicha operación, en cuanto supone un acuerdo de carácter oneroso entre dos personas jurídicas diferenciadas, sí que puede configurarse teóricamente como un *contrato* –incluso como un contrato público, en el sentido del artículo 2.1 de la LCSP<sup>10</sup>. Otra cosa es que, cuando se cumplan los requisitos que mencionábamos anteriormente, este negocio jurídico pueda quedar legalmente excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual, pues se entiende que, materialmente, no es más que una forma de autoprovisión que no afecta a los objetivos perseguidos por la legislación contractual.

Teniendo esto presente, y por lo que se refiere a la aplicación de estos requisitos, debemos tener en cuenta que, como ha venido señalando reiteradamente el TJUE –por ejemplo, en la ya mencionada Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, F.J. 43– al tratarse de una excepción a la aplicación de las reglas que rigen la contratación pública, su interpretación debe hacerse siempre de una manera restrictiva, correspondiendo la carga de la prueba de la concurrencia de estos requisitos a aquel que pretenda su utilización. Detengámonos un momento a analizar cada uno de dichos requisitos.

10 De forma similar se expresa el artículo 12 de la mencionada Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, que regula los encargos a medios propios personificados dentro de los “Contratos públicos entre entidades del sector público”. Por su parte, el TJUE también ha venido calificando los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados como “contratos entre entidades públicas”, sin perjuicio de que estos, si cumplen los requisitos previstos a tal efecto, puedan quedar excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de la UE en materia de contratación pública. En este sentido, entre otras, puede verse la ya mencionada STJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal Srl* (F.J. 50) o, más recientemente, la STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (F.J. 36).

## 2.1 Primer requisito: la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios

El primer requisito al que debemos hacer referencia es el relativo a la existencia de una relación de control entre las partes que intervienen en dicha relación. En efecto, el artículo 32.2 a) de la LCSP exige que el poder adjudicador que realiza el encargo tenga sobre la entidad proveedora un control, directo o indirecto, análogo al que poseería sobre sus propios servicios o unidades.

Con este requisito pretende demostrarse que la entidad proveedora no tiene un verdadero ámbito de autonomía desde el punto de vista decisorio, por lo que, a pesar de que formalmente pudiera hablarse de un acuerdo de voluntades entre dos personas jurídicamente distintas, desde un punto de vista material una de ellas se configura como un simple instrumento organizativo de la otra. De este modo, materialmente, no resulta posible afirmar que nos encontremos ante la celebración de un verdadero contrato público entre ellas porque –como puso de relieve la ya mencionada Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999, asunto C-107/98, *Teckal, Srl*– el requisito de la personalidad jurídica propia de los sujetos contratantes no constituye por sí solo un elemento determinante para hablar de la existencia de un contrato público.

Ahora bien, ¿qué se entiende por control análogo al que se posee sobre los propios servicios? O, más concretamente, ¿qué elementos nos permiten constatar la existencia de dicho control?

La LCSP no se refiere propiamente a ello, aunque, tomando nuevamente como referencia la jurisprudencia del TJUE en esta materia<sup>11</sup>, el artículo 32.2 a) de la LCSP sí que se ha ocupado de concretar el alcance general de dicho requisito. Así, no se exige que el poder adjudicador tenga sobre la entidad proveedora un control *idéntico* al que se ejerce sobre los propios servicios, pero sí que dicho control debe permitirle ejercer “una influencia decisiva sobre sus objetivos estratégicos y decisiones significativas”.

Como apuntábamos anteriormente, se trataría de demostrar que la entidad que recibe el encargo carece de una voluntad decisoria propia, de manera que pueda concluirse que las tareas que se atribuyen a dicha entidad no se hubieran gestionado de forma distinta a si las hubiera asumido directamente la propia Administración adjudicadora. Sin embargo, más allá de estas consideraciones generales, la determinación concreta del cumplimiento de este requisito exigirá necesariamente de un examen casuístico, que –como ha venido destacando el TJUE desde la Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, Spa*. (F.J. 36)–, debe tener en cuenta no solo el conjunto de disposiciones legales aplicables, sino también las circunstancias de hecho que concurren en cada momento.

En este sentido, debemos considerar que el TJUE ha ido identificando toda una serie de indicios que pueden ayudarnos a valorar en mejores condiciones si efectivamente concurre o no dicho control análogo. El primero de estos indicios –sobre el que volveremos más adelante– se refiere a la participación de la Administración matriz en el capital social o patrimonio de la entidad proveedora. Para el TJUE es evidente que el hecho de que la entidad adjudicadora

---

11 Podemos mencionar, entre otras, la ya citada STJUE de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle* (F.J. 50), la STJUE de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant SpA* (F.J. 28) o la STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* (FF. JJ. 26-29).

posea un alto porcentaje de participación en el capital social de la entidad adjudicadora puede indicar la existencia de una verdadera relación de dependencia estructural entre ellas. No obstante, dicho criterio, por sí solo, no resulta en modo alguno concluyente, puesto que, independientemente de dicha participación, el grado de control que efectivamente se ejerza sobre la entidad proveedora podría ser mínimo.

De ahí que el TJUE haya acudido a analizar otros elementos, como pueden ser la composición de los órganos de decisión de la entidad proveedora o el alcance de las facultades reconocidas a su consejo rector, para determinar el grado de autonomía decisoria de la entidad proveedora y –como se señala en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F.J. 81)– para comprobar si realmente existe un control reforzado por parte del ente adjudicador, análogo al que se ejerce sobre los propios servicios.

Sin perjuicio de lo anterior, y en relación con la aplicación de este primer requisito, debemos añadir también que la nueva LCSP ha introducido algunas previsiones relevantes. Así, en primer lugar, recoge expresamente la posibilidad de que el control análogo sobre los medios propios personificados pueda ser ejercido tanto de forma individual, por la propia entidad pública adjudicadora, como conjuntamente, junto con otros poderes adjudicadores que sean independientes entre sí (art. 32.4 LCSP).

Ciertamente, esta posibilidad no constituye tampoco ninguna novedad relevante. De hecho, la LCSP se limita a reproducir lo previsto en el artículo 12.3 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero –que, a su vez, encuentra su origen en la jurisprudencia del TJUE<sup>12</sup>–. No obstante, creemos oportuno destacar esta disposición porque, a diferencia del control individual, el artículo 32.4 a) de la LCSP sí que fija una serie de elementos para verificar el cumplimiento de este requisito, evitando que el control análogo pueda diluirse por la concurrencia de distintas entidades públicas que lo ejercen de forma compartida. Estos elementos se basan en la necesidad de representación de los diferentes poderes adjudicadores en los órganos decisorios, la posibilidad de ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo y, finalmente, en la no persecución de intereses contrarios a los propios de sus miembros.

En segundo lugar, tal y como ya sucedía con el artículo 24.6 del anterior TRLCSP, el artículo 32.2 a) de la LCSP mantiene la previsión de que, “En todo caso, se entenderá que el poder adjudicador que puede conferirle encargos ostenta sobre el ente destinatario del mismo un control análogo [...] cuando él mismo o bien otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero puedan conferirle encargos que sean de ejecución obligatoria para el ente destinatario del encargo por así establecerlo los estatutos o el actos de creación, de manera que exista una unidad de decisión entre ellos, de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el ente que puede realizar el encargo”.

Por lo tanto, la nueva ley presume “en todo caso”, es decir, con independencia de otros elementos –incluso con independencia de la capacidad real del poder adjudicador de influir en los objetivos estratégicos y decisiones significativas de la entidad proveedora– que la

12 En este caso, podemos mencionar la STJUE de 13 de diciembre de 2008, asunto C-340/04, *Coditel Brabant, SpA*, en la que, al analizar el control ejercido por varios municipios sobre una sociedad cooperativa, afirmaba que la exigencia de un control meramente individual haría imposible la existencia de fórmulas asociativas y tendría como consecuencia la necesidad de convocar una licitación pública en la mayoría de los casos en que una determinada autoridad pública quisiera adherirse a un grupo formado por otras autoridades públicas (FF.JJ. 50-51). Véase también la STJUE de 29 de noviembre de 2012, asunto C-182/11 y C-183/11, *Econord Spa* (FF.JJ. 32-34).

simple posibilidad de conferir encargos de ejecución obligatoria a una determinada entidad sería un elemento suficiente para considerar la existencia de un control análogo al que se tenía sobre los propios servicios<sup>13</sup>.

Nuestra doctrina, muy oportunamente, ha venido criticando dicho planteamiento por cuanto se considera que el hecho de que un encargo singular pueda ser obligatorio para la entidad proveedora no significa, automáticamente, la existencia de un poder real de influencia sobre los objetivos estratégicos o sobre sus decisiones más importantes. En efecto, la obligatoriedad de un encargo no puede considerarse siempre como la causa de la existencia de un control análogo al que se posee sobre los propios servicios, sino que debe considerarse de forma inversa, como su consecuencia. La obligatoriedad, por lo tanto, no sería más que una plasmación práctica de la ausencia de autonomía decisoria del medio propio<sup>14</sup>.

En este punto, además, debemos recordar que, aunque es cierto que el TJUE ha considerado que el hecho de que una entidad pública esté obligada a realizar los trabajos que le puedan encomendar otros poderes públicos de acuerdo con las tarifas e instrucciones aprobadas por estos podría ser un indicio para considerar la existencia de un control análogo, no lo es menos que en estos casos el TJUE se refería siempre a entidades que tenían una participación –aunque fuera residual– en el capital social de la entidad proveedora. Por lo que, a pesar del tenor literal del artículo 32.2 a) de la LCSP, deberíamos negar la posible existencia de un control análogo respecto de aquellas entidades que no tienen ningún tipo de participación en el accionariado o patrimonio de la entidad que recibe el encargo.

Finalmente, debemos mencionar también que la nueva LCSP ha previsto que el requisito del control análogo se entenderá cumplido no solo cuando sea el poder adjudicador matriz quien pueda conferirle encargos obligatorios, sino también “otro u otros poderes adjudicadores o personas jurídicas controlados del mismo modo por el primero” [art. 32.2 a) LCSP]. Por lo tanto, la LCSP recoge la posibilidad de realizar encargos horizontales, extendiendo la condición de medio propio respecto de otras entidades públicas que, a su vez, se encuentren en una relación de dependencia respecto de la Administración matriz. Y esta exclusión se produce, aunque, en realidad, desde un punto de vista formal, entre dichas entidades no concurren directamente los requisitos previstos en el artículo 32.2 a) de la LCSP.

## 2.2 Segundo requisito: la realización de la parte esencial de su actividad con el ente adjudicador

El segundo requisito que exige la LCSP para constatar la existencia de un medio propio personificado de la Administración y, por lo tanto, para excluir de su ámbito de aplicación las relaciones jurídicas que puedan entablarse con ellos consiste en que la entidad proveedora

13 La introducción de dicha presunción trae causa también de la jurisprudencia del TJUE. En particular, de las sentencias dictadas en relación con la sociedad pública española Empresa de Transformación Agraria, SA (TRAGSA) –nos referimos a la STJUE de 8 de mayo de 2003, asunto C-349/97, y a la STJUE de 19 de abril de 2007, asunto C-295/05–. En estas, a pesar de que la participación de las comunidades autónomas en el capital social de TRAGSA era mínima –apenas el 1% del total–, el TJUE vino a admitir expresamente la posibilidad de considerar a TRAGSA como medio propio de aquellas, atendiendo al hecho de que, legalmente, TRAGSA estaba obligada a realizar los encargos que le atribuyeran las comunidades autónomas.

14 Por ejemplo, y entre muchos otros, PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Lustel, Madrid, 2018, pp. 108-109, o MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 53-54.

realice la mayor parte de su actividad –más del 80 %– respecto al ente, o entes, del que depende [art. 32.2 b) LCSP].

Como se ha señalado, la influencia decisoria de un poder adjudicador sobre una entidad concreta no basta, por sí sola, para distinguirla de otros posibles operadores económicos, sino que para hablar de un medio propio es preciso, además, verificar que su actividad se dedica en su mayor parte a su entidad de origen. Y es que, como ha subrayado el TJUE en la citada Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, no puede considerarse que una entidad carece de libertad de acción por el mero hecho de que el ente territorial del que dependa controle sus principales decisiones cuando, a pesar de dicho control, puede desarrollar igualmente una parte importante de su actividad económica con otras entidades u operadores económicos (F.J. 61).

El requisito de la realización de la parte esencial de la actividad se nos presenta, por lo tanto, como complementario del requisito del control análogo y opera en un segundo momento –una vez que se ha verificado la concurrencia de dicho control– tratando de evitar que una determinada entidad actúe como medio propio de la Administración y, al mismo tiempo, compita normalmente en el mercado de bienes y servicios<sup>15</sup>. En caso contrario, ello podría suponer un falseamiento de la competencia, reconociendo a dicha entidad una posición de partida más ventajosa respecto al resto de operadores privados.

Téngase en cuenta, sin embargo, que la LCSP no prohíbe por completo que el medio propio pueda actuar como un operador económico en el mercado. Solamente exige que la mayor parte de su actividad –como mínimo, un 80 %– se lleve a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido asignados por el poder adjudicador que hace el encargo [art. 32.2 b) LCSP], por lo que, en su caso, aquellas otras actividades de mercado que pretendan realizarse por el medio propio deben tener un carácter necesariamente residual o marginal y, en ningún caso, pueden superar el 20 % de su actividad<sup>16</sup>.

Como en el supuesto anterior, nos encontramos nuevamente ante un requisito que debe ser verificado caso por caso, tomando en consideración no solo las actividades que una determinada entidad está facultada para llevar a cabo según el ordenamiento jurídico o sus propios estatutos internos, sino las que realmente realiza<sup>17</sup>. En este punto, sin embargo, hay que tener en cuenta que la nueva LCSP sí que se ha ocupado de concretar la metodología de cálculo de este porcentaje de actividad. Así, el artículo 32.2 b) de la LCSP sigue diciendo:

“[...] para calcular el 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se tomarán en consideración el promedio del volumen global de negocios, los gastos soportados

15 GIMENO FELIU entiende que el requisito de la realización de la parte esencial de la actividad económica con la entidad que lo controla es coherente si se considera que todo el concepto gira en torno a la falta de autonomía contractual del 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, tal exención perdería su sentido si el ente instrumental se dedicara a proveer también a otros operadores públicos y privados como cualquier otro agente del mercado. GIMENO FELIU, J.M., “La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria”, Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006, p. 845.

16 En realidad, la entidad que pretenda configurarse como medio propio solamente podría realizar en el mercado un 1999 % del total de su actividad porque el artículo 32.2 b) de la LCSP exige literalmente que “más del 80 %” de su actividad se realice a cargo de la entidad de la que depende.

17 Véase, por ejemplo, la mencionada STJUE de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo SpA*, (F.J. 65). Se refiere también expresamente a esta idea PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, cit., pp. 160-162.

por los servicios prestados al poder adjudicador en relación con la totalidad de los gastos en que haya incurrido el medio propio por razón de las prestaciones que haya realizado a cualquier entidad, u otro indicador alternativo de actividad que sea fiable, y todo ello referido a los tres ejercicios anteriores al de formalización del encargo”.

Como puede comprobarse, la LCSP se expresa en términos amplios, permitiendo, incluso, que el cumplimiento de este requisito pudiera acreditarse mediante cualquier “otro indicador alternativo de actividad que sea fiable” [art. 32.2 b) LCSP]. De todos modos, y quizá para limitar la dicha amplitud, la LCSP añade también que en todo caso el cumplimiento de este requisito debe quedar reflejado en la memoria integrante de las cuentas anuales de la entidad proveedora y, en consecuencia, ser objeto de verificación en la realización de la auditoría de dichas cuentas anuales.

En este punto, debemos tener en cuenta asimismo que –como también ha destacado el TJUE<sup>18</sup>– para calcular este requisito resulta indiferente quién es el beneficiario de la actuación o, incluso, quién la remunera. Es decir, para determinar el porcentaje del 80 % de la actividad deberíamos contabilizar todas las actuaciones que el medio propio personificado realiza por encargo del poder adjudicador de que se trate, siendo indiferente que, en algunos casos, puedan ser finalmente los usuarios los que asuman el coste de dicha actividad.

Por otro lado, y más allá de las dudas que pueden surgir a la hora de determinar el mercado de referencia de cada uno de dichos encargos, otra de las cuestiones que podríamos plantearnos es cuáles son las actividades que hay que tomar en consideración a la hora de calcular este requisito. Por ejemplo, podríamos preguntarnos: ¿para determinar la condición de medio propio hay que valorar conjuntamente todas las actividades que realiza la entidad proveedora o resulta posible fragmentar este análisis contable y comprobar la concurrencia de este requisito tomando en consideración individualmente cada uno de los diferentes ámbitos materiales de actuación? Como puede intuirse, en algunos supuestos, mediante la fragmentación de los diferentes sectores de actividad en los que realmente actúa el medio propio, se podría facilitar el cumplimiento efectivo del requisito de realización de la mayor parte de su actividad respecto del poder adjudicador del que depende.

A pesar de que esta opción interpretativa ha sido planteada en alguna ocasión ante el TJUE<sup>19</sup>, salvo error por nuestra parte, no ha sido acogida aún de forma expresa por el tribunal en sus resoluciones. De todos modos, entendemos que esta interpretación parece ir en contra de la literalidad del artículo 32.2 b) de la LCSP, que se refiere a cantidades globales, referidas al conjunto de actividad.

Finalmente, por lo que respecta a la aplicación de este requisito, debemos realizar aún dos precisiones más en relación con su ámbito de aplicación subjetivo. En primer lugar, debemos mencionar que, como apuntábamos en el apartado anterior, el artículo 32.2 b) de la LCSP prevé que el requisito de realización de más del 80 % de las actividades del ente destinatario puede computarse no solo directamente de los cometidos que le hayan sido conferidos directamente por el poder adjudicador que hace el encargo, sino también de la actividad

---

18 Véase, por ejemplo, la ya mencionada Sentencia de 11 de mayo de 2006, asunto C-340/04, *Carbotermo, SpA*, F. J. 66.

19 Véanse, por ejemplo, las conclusiones de la abogada general, Sra. Julian Kokott, en el asunto C-458/03, *Parking Brixen*, en las que, a efectos del cómputo del porcentaje de actividad de una determinada entidad, parece afirmarse que podría tomarse en cuenta, de forma diferenciada, los diferentes ámbitos de actividad que realmente desarrolla dicha empresa. Todo ello quizá permitiría analizar la concurrencia de los requisitos de los medios propios no de forma global, sino respecto de cada uno de estos ámbitos (Ap. 83).

que, como en el caso anterior, el medio propio realiza respecto de “otras personas jurídicas controladas del mismo modo por la entidad que hace el encargo”.

Por otro lado, teniendo en cuenta la posibilidad de que sean varios los entes territoriales que controlen una determinada entidad, la LCSP permite que este requisito pueda considerarse satisfecho también si el medio propio de que se trate realiza la parte esencial de su actividad no con uno u otro de dichos entes territoriales, sino con todos ellos considerados conjuntamente [art. 32.4 b) LCSP]. Así, al tomar como referencia la actividad realizada por el conjunto de poderes adjudicadores, se amplía el ámbito de aplicación de la excepción de los encargos realizados a medios propios a un mayor número de supuestos que si, por el contrario, se tomara en consideración solamente el hecho de que esta actividad se desarrollara individualmente respecto de cada uno de ellos.

### 2.3 Tercer requisito: cuando se trate de personificaciones jurídico-privadas, su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública

En tercer lugar, para poder excluir los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados del ámbito de aplicación de la legislación contractual, la LCSP exige que, cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública [art. 32.2 c) LCSP].

Se trata, como puede observarse, de un requisito de carácter eminentemente formalista, por cuanto se dirige exclusivamente a analizar la composición del capital o patrimonio de la entidad que recibe el encargo, independientemente de las relaciones de control que realmente puedan establecerse en su seno entre los distintos socios o miembros.

En rigor, esta prohibición absoluta de participación de capital privado es una decisión del legislador español, que no deriva directamente de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero. En efecto, aunque es cierto que la normativa comunitaria exige con carácter general que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica que recibe el encargo, introduce una excepción en aquellas modalidades de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo, que vengan impuestas por la legislación nacional y que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada [art. 12.1 c) Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero].

No obstante, la justificación de la introducción de este requisito en la legislación española podría encontrarse, nuevamente, en la doctrina jurisprudencial del TJUE. Así, en la citada Sentencia de 11 de enero de 2005, asunto C-26/03, *Stadt Halle*, al analizar la relación de instrumentalidad de los poderes adjudicadores respecto de las sociedades mercantiles, el TJUE vino a afirmar que la participación privada en el capital de dichas sociedades, aunque fuera minoritaria, excluía la posibilidad de que pudiera hablarse de la existencia de un control análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios. Y es que, según la interpretación del TJUE, las relaciones entre una autoridad pública y sus propios servicios se rigen exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés general, mientras que, por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una

Regap



ESTUDIOS

empresa obedece a consideraciones propias de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta (F. J. 50)<sup>20</sup>.

Por lo demás, en cuanto a la aplicación de este requisito, debemos realizar dos observaciones generales. En primer lugar, debemos tener en cuenta que el artículo 32.2 c) de la LCSP se refiere únicamente al capital social o patrimonio de la entidad *destinataria* del encargo, siendo indiferente que, a su vez, el poder adjudicador que realice el encargo sí que cuente con participación de capital privado. Como expresamente se menciona en el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, el elemento decisivo para la aplicación de este requisito recae en la entidad receptora del encargo, por cuanto el mero hecho de que exista participación de capital privado en los poderes adjudicadores que realizan el encargo, en principio, no perjudica la competencia entre los diferentes operadores privados.

Por otro lado, debemos fijarnos también en cómo, a diferencia del anterior artículo 24.6 del TRLCSP, la nueva LCSP no refiere este requisito únicamente respecto de las *sociedades*, sino que exige la titularidad o aportación pública del capital o patrimonio de cualquier ente de personificación jurídico-privada<sup>21</sup>. En este sentido, este requisito comporta, necesariamente, que debamos excluir de la posible consideración como medios propios personificados a toda una serie de entidades del sector público, de forma jurídico-privada, que permiten la participación de capital privado en su organización. Pensemos, por ejemplo, en las sociedades de economía mixta o en las fundaciones en las que participen personas privadas.

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, pueden planteársenos algunas dudas en relación con los consorcios administrativos. Como sabemos, estos se configuran como entidades de derecho público que, de acuerdo con el artículo 118.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante, LRJSP), pueden contar con participación de personas privadas. En este sentido, ¿los consorcios administrativos podrían considerarse medios propios de la Administración a efectos del artículo 32.2 c) de la LCSP?

En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta requiere algunas precisiones. Si hacemos una lectura literal del artículo 32.2 c) de la LCSP –que se refiere únicamente a entes “de personificación jurídico-privada”– deberíamos concluir, *a sensu contrario*, que a los consorcios administrativos, en cuanto entidades de derecho público (art. 118.1 LRJSP), no se les aplica la limitación prevista en dicho precepto. Por lo tanto, aunque pudieran contar con capital privado en su composición, los consorcios sí que podrían ser considerados como medios propios personificados de la Administración, siempre, claro está, que cumplan con el resto de requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP.

---

20 En términos muy parecidos, pueden verse también la STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-200/05, *Jean Auroux* (FF.JJ. 66-67), o la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto C-573/07, *Sea Srl* (F. J. 51). En todo caso, debemos mencionar también que la interpretación que ha hecho el TJUE de este requisito ha sido objeto de críticas por algunos autores. Por ejemplo, PERNAS GARCÍA afirma que este criterio del TJUE hace quizás menos atractiva la colaboración público-privada, y cierra algunos caminos destinados a garantizar la viabilidad de la desconcentración de la gestión de servicios para administraciones con pocos recursos, si bien reconoce que ello otorga mayor seguridad jurídica en la aplicación de la excepción *in house* y evita los posibles abusos en su utilización. PERNAS GARCÍA, J. J., “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009, pp. 268-269.

21 De nuevo, el TJUE, por ejemplo en la Sentencia de 19 de junio de 2014, asunto C-54/12, *Centro Hospitalar de Setúbal EPE*, afirma que dicha exclusión no se basa en la forma jurídica concreta de las entidades privadas que forman parte de la entidad adjudicataria ni tan siquiera en la finalidad comercial de estas últimas –puesto que, en este caso, se trataba de entidades sin ánimo de lucro–, sino en el hecho de que tales entidades privadas obedecían a consideraciones propias de sus intereses privados, que eran de un carácter distinto al de los objetivos de interés público perseguidos por la entidad adjudicadora (F. J. 36).

Además, como apuntábamos, esta opción interpretativa podría alinearse parcialmente con la excepción prevista en el artículo 12.1 c) de la propia directiva. Sin embargo, sin negar las anteriores consideraciones, creemos que en algunos supuestos –en particular, en aquellos consorcios administrativos en que participen entidades privadas con ánimo de lucro<sup>22</sup>– quizá deberíamos replantear dicha conclusión y mantener incluso la opinión contraria.

Concretamente, podría considerarse no solo que –como ya había dicho el TJUE– la participación privada lucrativa perseguirá fines propios a sus intereses, sino que, además, es evidente que esta sí que podría generar un trato preferente de un determinado operador económico, ya que dicha empresa estará en condiciones de obtener una ventaja económica frente al resto de operadores económicos, asumiendo encargos que, en caso de no formar parte de dicho medio propio, no podría realizar o, al menos, no en las mismas condiciones.

En nuestra opinión es importante destacar esta última idea por cuanto la posible obtención de una ventaja económica es uno de los argumentos que utiliza expresamente el considerando 32 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, para limitar la extensión de la figura de los encargos a medios propios a entidades en las que exista participación directa de capital privado. Por ello, aunque es cierto que dicho considerando no tiene un valor normativo en sí mismo<sup>23</sup>, sí que constituye un criterio interpretativo de dichas disposiciones, que podría llevarnos a negar la condición de medio propio a un consorcio administrativo que cuente con la participación de una entidad privada con ánimo de lucro, con lo que, de ser así, ampliaríamos el ámbito de aplicación del criterio de la titularidad pública del capital social o patrimonio previsto en el artículo 32.2 c) de la LCSP más allá de los entes de personificación jurídico-privada, admitiéndose también en algunas entidades de personificación jurídica-pública.

## 2.4 Cuarto requisito: el reconocimiento formal de la condición de medio propio

Finalmente, para poder excluir los encargos realizados por los poderes adjudicadores a sus medios propios personificados, el artículo 32.2 d) de la LCSP exige un último requisito de carácter formal: que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del poder adjudicador concreto que hace el encargo se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación.

En cuanto a la aplicación de este requisito, lo primero que debemos destacar es que, a diferencia de los anteriores, este no ha sido previsto expresamente por las directivas europeas sobre contratación pública ni tampoco se deriva directamente de la jurisprudencia del TJUE. De hecho, a primera vista, podríamos plantearnos su utilidad por cuanto, como ha puesto de relieve la doctrina, la mera declaración formal de la condición de medio propio no puede excluir, en ningún caso, la necesaria verificación de la existencia de un vínculo real de

22 Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que sucedía en la legislación básica de régimen local, la LRJSP parece admitir que puedan formar parte de los consorcios administrativos no solo entidades privadas sin ánimo de lucro, sino también personas privadas que sí que persigan finalidades lucrativas (art. 118.1 LRJSP). De hecho, la disposición derogatoria única de la LRJSP ha derogado expresamente el artículo 87.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de bases del régimen local, que limitaba la posibilidad de constituir consorcios en el ámbito local únicamente a las administraciones públicas y a las entidades privadas sin ánimo de lucro.

23 Véase el apartado 10 de la Guía práctica común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión para la redacción de textos legislativos de la Unión Europea de 2015. <https://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228ESN.pdf>. Sobre el valor de los preámbulos y exposiciones de motivos nos remitimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional, n. 170/2016, de 6 de octubre, F.J. 2.

subordinación y dedicación efectiva de esta respecto del poder adjudicador que realiza el encargo, de acuerdo con el artículo 32.2 de la LCSP<sup>24</sup>.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la LCSP no se ha limitado únicamente a prever el cumplimiento formal de este requisito –que, efectivamente, poco aportaría a la consideración real de una determinada entidad como medio propio personificado de la Administración–, sino que, como veremos seguidamente, ha vinculado a dicho requisito algunas consecuencias prácticas muy relevantes.

Por otro lado, no debemos tampoco menospreciar la importancia del mero reconocimiento formal de la condición de medio propio porque, aunque nos pueda parecer superfluo, de acuerdo con el artículo 32.2 d) de la LCSP, este reconocimiento se configura legalmente como una condición inexcusable para poder excluir las relaciones de cooperación vertical entre dos entidades del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público, por lo que, a pesar de su carácter meramente formal, el cumplimiento de este requisito se situaría al mismo nivel que el resto de los requisitos previstos en el artículo 32.2 de la LCSP.

De esta manera, aunque una determinada entidad pública, por sus propias características, pudiera cumplir escrupulosamente con todos los requisitos previstos por la LCSP para considerarse realmente como un medio propio instrumental de la Administración, deberíamos llegar a la conclusión de que, a efectos de la LCSP, no tendría legalmente tal consideración sino a partir del reconocimiento expreso de esta condición en sus estatutos o actos de creación<sup>25</sup>.

Más allá de estas previsiones, la LCSP concreta también, y con carácter obligatorio, el contenido mínimo de la declaración de una determinada entidad como medio propio personificado. Así, de forma similar a la ya prevista en el anterior artículo 24.6 del TRLCSP, señala que los estatutos o actos de creación “deberán determinar” no solo el poder adjudicador respecto del cual tienen esta condición, sino también el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les pueden conferir [art. 32.2 d) LCSP *in fine*].

Igualmente, se añade que el reconocimiento expreso de la consideración de una entidad concreta como medio propio personificado en los estatutos determinará la imposibilidad de que esta participe en las licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador al que se vincula, si bien es cierto que, posteriormente, la LCSP matiza esta limitación al admitir que, en el supuesto de que no concurra ningún licitador, pueda encargársele directamente la ejecución de la prestación objeto de estas licitaciones [art. 32.2 d) LCSP].

Seguidamente, como decíamos, la LCSP añade algunas comprobaciones materiales previas a la declaración de una determinada entidad como medio propio personificado. Destaca la previsión del artículo 32.2 d) de la LCSP, que impone que esta declaración formal deba ir

---

24 En el mismo sentido, PERNAS GARCÍA, J.J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010, p. 1429; ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración Pública: algunas notas”, *Revista de Administración Pública*, n. 163, 2004, p. 254, o REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración Pública*, n. 161, 2003, quien afirma que lo importante, de todas formas, no es que una norma pueda proclamar expresamente que tal o cual entidad es «medio propio», sino lo que realmente sea dicha entidad (p. 381).

25 Como puede verse, la LCSP exige un reconocimiento expreso [art. 32.2 d) LCSP], por lo que entendemos que no resultaría suficiente con un reconocimiento genérico de esta condición en las normas generales de organización y funcionamiento de la Administración de que se trate, sino que debería realizarse de forma concreta y específica para cada una de las entidades que pretenda constituirse como medio propio personificado.

precedida de la “Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social”<sup>26</sup>.

En nuestra opinión, la exigencia de que las entidades que pretendan configurarse como medios propios personificados dispongan de los recursos necesarios para cumplir directamente dichos encargos nos parece muy acertada. Como ya hemos apuntado anteriormente, si el recurso a dichas entidades se justifica por su especialidad y mejor capacidad de gestión, parecería lógico exigirles, como mínimo, que estén en condiciones de cumplir por ellas mismas con los posibles encargos que reciban<sup>27</sup>. En consecuencia, deberíamos entender que no estamos realmente ante un supuesto de relaciones de *cooperación vertical*, en el sentido de la LCSP, cuando la entidad proveedora que recibe el encargo, al no disponer de unos mínimos medios materiales y personales, se limita a trasladar la ejecución final de las prestaciones encargadas a un tercero, convirtiéndose en una especie de órgano de contratación del poder adjudicador de que se trate.

Obviamente, estas consideraciones tampoco pueden llevarse hasta el extremo de negar a la entidad proveedora cualquier posibilidad de acudir a la contratación con terceros para gestionar las prestaciones que le hayan encargado los poderes adjudicadores. Y es que, como puede imaginarse, en algunos casos la correcta ejecución de la prestación asignada puede justificar la conveniencia de que alguna parte de esta sea subcontratada a otros operadores económicos.

Consciente de esta problemática, el artículo 32.7 de la LCSP se ha ocupado de regular el recurso a la subcontratación por parte de los medios propios personificados. Así, en primer lugar, este precepto prevé que los contratos que puedan celebrar los medios propios personificados en ejecución del encargo quedarán sometidos a la ley y que, en todo caso, cuando el medio propio no sea un poder adjudicador, se le aplicarán las normas contenidas en el título I del libro tercero de la Ley [art. 32.7 a) LCSP]. Es decir, los contratos que celebren los medios propios personificados deberán respetar también las previsiones de la LCSP de acuerdo con la tipología del contrato de que se trate. En este sentido, para evitar una “huida del derecho administrativo” en esta materia, se impone a los medios propios personificados que no tengan la consideración de poder adjudicador la obligación de respetar, como mínimo, las reglas previstas para estos en los contratos que puedan formalizar con terceros.

En este punto, sin embargo, pensamos que el legislador español podría haber sido más ambicioso. Y es que, aun con estas cautelas, lo cierto es que mediante el recurso a la subcontratación podría intentar eludirse las garantías que rigen la contratación pública<sup>28</sup>. De

26 Se presume que se cumple este requisito cuando la entidad de que se trate haya obtenido la correspondiente clasificación respecto de los grupos, subgrupos y categorías que posea [art. 32.2 d) *in fine* LCSP].

27 En términos parecidos se hablan pronunciado también algunos órganos de contratación –véase, por ejemplo y entre otros, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado núm. 13/2012, de 27 de septiembre– o el propio Tribunal de Cuentas cuando, en su Informe n. 1198, de 22 de diciembre de 2016, en el que se aprobaba una Moción a las Cortes Generales sobre la necesidad de desarrollar un marco legal para el empleo de los encargos a medios propios, se insiste en la necesidad de asegurar “que el medio propio cuenta, en el momento de realizarse el encargo, con medios suficientes para afrontarlo por sí mismo, sin necesidad de tener que acudir de modo relevante, a la subcontratación” (p. 35).

Véase también, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, Gimeno Feliu, J.M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 361-423.

28 Al mismo tiempo, una utilización abusiva de la subcontratación podría poner en entredicho la motivación real del encargo. GALLEGO CÓRCOLES, I., “Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017, p. 22. En

este modo, si entendemos el recurso a los medios propios personificados como una forma de autoprovisión, que siga a la entidad proveedora en la misma posición jurídica que la del poder adjudicador del que depende, quizá sería más lógico que el régimen jurídico que deba aplicar en desarrollo de dicha actividad sea exactamente el mismo que aplicaría la Administración si actuase a través de uno de sus órganos<sup>29</sup>.

A partir de aquí, la LCSP introduce una serie de límites cuantitativos máximos a la subcontratación y afirma que “el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo” [art. 37.2 b) LCSP]. Sin embargo, añade que no se considerarán prestaciones parciales aquellas que el medio propio adquiera a otras empresas cuando se trate de suministros o servicios auxiliares o instrumentales que no constituyen una parte autónoma y diferenciable de la prestación principal, aunque sean parte del proceso necesario para producir dicha prestación.

Lógicamente, el porcentaje máximo de subcontratación que puede asumirse en cada caso debería calcularse individualmente, respecto de cada uno de los encargos que los medios propios puedan recibir de los poderes adjudicadores. De hecho, el artículo 32.7 de la LCSP así nos lo confirma, al expresarse de forma singular y referirse, en primer lugar, a los negocios jurídicos que los medios propios celebren “en ejecución del encargo recibido” y, posteriormente, en el apartado b), al fijar el límite porcentual específicamente respecto “de la cuantía del encargo”.

No obstante, la propia LCSP ha previsto algunas excepciones al cumplimiento de dichas limitaciones porcentuales, las cuales, al mismo tiempo, se han visto notablemente ampliadas con la modificación parcial de la LCSP producida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018. De esta manera, actualmente el artículo 32.7 de la LCSP permite excepcionar el límite máximo de subcontratación de los medios propios personificados:

“[...] a los contratos de obras que celebren los medios propios a los que se les haya encargado una concesión, ya sea de obras o de servicios. Igualmente no será de aplicación en los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

Tampoco será aplicable a los contratos que celebren los medios propios a los que se les haya encargado la prestación de servicios informáticos y tecnológicos a la Administración pública [...].

Excepcionalmente podrá superarse dicho porcentaje de contratación siempre que el encargo al medio propio se base en razones de seguridad, en la naturaleza de la prestación que requiera un mayor control en la ejecución de la misma, o en razones de urgencia que demanden una mayor celeridad en su ejecución [...]”.

---

el mismo sentido, TEJEDOR BIELSA, J.C., “Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación”, cit., p. 405.

29 HERNÁNDEZ CORCHETE, J.A., “Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración Pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso de medios propios”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 2452.

Como puede verse, este precepto recoge diferentes supuestos que no solo no guardan una relación clara entre sí, sino que, además, tampoco tienen una justificación demasiado precisa<sup>30</sup>. De todos modos, si leemos con atención el vigente artículo 32.7 de la LCSP, veremos cómo este establece principalmente dos tipologías de excepciones.

Por un lado, quedan fuera de la aplicación del límite del 50 % previsto en dicho precepto determinados supuestos que se justifican principalmente en atención al objeto del encargo que se efectúa al medio propio personificado. Sería el caso, por ejemplo, de la exclusión de los contratos de obras que firmen los medios propios a los que se haya encargado una concesión de obras o servicios, así como los supuestos en que el objeto del encargo recaiga en la prestación de servicios informáticos y tecnológicos que tengan como fin garantizar la compatibilidad, la comunicabilidad y la seguridad de redes y sistemas, así como la integridad, fiabilidad y confidencialidad de la información. En estos supuestos, parece que la LCSP establece una exclusión absoluta del límite previsto en el artículo 32.7 b) de la LCSP, pues afirma taxativamente que “no será aplicable”. Por lo tanto, deberíamos entender que la LCSP no ha previsto ningún límite expreso a la subcontratación en estos supuestos.

En cambio, para el resto de encargos que se efectúen a los medios propios personificados no se prevé una exclusión total de la aplicación de los límites porcentuales máximos previstos en el artículo 32.7 de la LCSP, sino simplemente una modulación en atención a la concurrencia de determinadas circunstancias excepcionales. En consecuencia, la regla general deberá seguir siendo la ejecución directa de más del 50 % del encargo por el medio propio al que se atribuye. Y, en todo caso, la excepcionalidad que permita superar dicho límite deberá acreditarse por escrito y justificarse sobre la base de la concurrencia de razones de seguridad y/o urgencia.

Ahora bien, apreciada esta situación excepcional, lo cierto es que en estos casos la LCSP no fija tampoco ningún límite máximo a la subcontratación del medio propio con terceros, por lo que podríamos pensar que esta podría llegar también hasta el 100 % de la prestación objeto de encargo.

Finalmente, aunque de un modo un poco confuso, el artículo 32.7 de la LCSP parece recoger un tercer supuesto que se excluye también automáticamente del ámbito de aplicación del límite máximo del 50 % del importe de las prestaciones parciales que el medio propio puede contratar con terceros. Se trata del supuesto en que “la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

Como en el primer caso, se trataría de una excepción automática y absoluta, que permitiría excluir totalmente la aplicación de los límites previstos en el artículo 32.7 b) de la LCSP. No obstante, esta previsión puede plantearnos también varias dudas en cuanto a su contenido, puesto que no resulta del todo fácil identificar a qué supuestos se está haciendo realmente referencia.

30 En este sentido, destaca que en la exposición de motivos de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de presupuestos generales del Estado para 2018, no se haga la más mínima referencia al motivo que justifica la introducción de esta modificación en la LCSP.

Si partimos del tenor literal del artículo 32.7 b) de la LCSP, deberíamos considerar que esta exclusión se entiende referida solamente a los supuestos en que, para el cumplimiento del encargo recibido, el medio propio personificado recurra a su vez a la creación de un ente instrumental, ya sea de derecho público o una sociedad de derecho privado. Esta interpretación se refuerza por el hecho de que, sistemáticamente, esta excepción se sitúa dentro del artículo 32.7 de la LCSP, precepto que regula específicamente los supuestos en que un medio propio puede subcontratar con un tercero la realización de determinadas prestaciones parciales. En consecuencia, parece lógico que la excepción que se introduce deba ir referida necesariamente a este supuesto concreto.

Ciertamente, no podemos negar la posible viabilidad jurídica de esta opción interpretativa, por cuanto la entidad que recibe el encargo no haría más que recurrir a sus propios medios materiales –también personificados– para poder ejecutarlo. Sin embargo, desde un punto de vista organizativo, este esquema parece cuestionable, no solo porque ello podría dar lugar a una sucesiva creación de entidades instrumentales, sino también porque el hecho de que, para el cumplimiento de un encargo, un determinado medio propio personificado tenga que recurrir a otra entidad instrumental parecería alejarse de la exigencia de la disposición de medios personales y materiales apropiados que impone también el artículo 32.2 d) de la LCSP.

Otra posible interpretación de este precepto vendría a decirnos que, en realidad, esta excepción se refiere no a la creación de entes instrumentales por parte de los medios propios personificados, sino a los casos en que son directamente los poderes adjudicadores los que deciden atribuir, desde un inicio, la gestión de un servicio público a una entidad de derecho público o una sociedad de derecho privado cuyo capital sea íntegramente público. De esta manera, si esto fuera así, esta excepción vendría a excluir de la aplicación de los límites previstos en el artículo 32.7 b) de la LCSP los supuestos en que la gestión de un determinado servicio público se realizara de forma directa, mediante la creación de una entidad de derecho público o una sociedad de derecho privado, de capital íntegramente público.

Esta segunda opción interpretativa podría encontrar su fundamento en los propios trabajos parlamentarios de elaboración de la LCSP, pues la justificación de la enmienda que dio lugar a la introducción de este precepto, con su redacción actual, parece expresarse en un sentido similar<sup>31</sup>.

Ahora bien, si esto fuera así, lo que resulta difícil de entender es por qué una previsión de alcance general –referida en realidad a las formas de gestión directa de los servicios públicos– se incluye en el artículo 32.7 de la LCSP, que, recordemos, pretende regular solamente el régimen jurídico de los encargos a medios propios. Lo lógico hubiera sido que, como ya

---

31 La introducción de esta excepción en el articulado de la LCSP es fruto de la aprobación de una enmienda (la n. 482) del Partido Socialista al proyecto de ley inicialmente presentado en el Congreso de los Diputados, la justificación de la cual se expresaba en los siguientes términos:

“Se confunde el encargo de una obra o servicio concreto con el encargo de «gestionar un servicio», que es lo que hacen habitualmente los entes instrumentales, ya que son una forma de gestión directa de los servicios públicos, especialmente los locales (artículo 85 de la Ley 7/1985, LBRU). De acuerdo con el Proyecto si se pretende encargar una promoción urbanística concreta o de un grupo de viviendas, por mucho que sea en valor del conjunto de las actuaciones de gestión que hay que realizar (elaboración de proyectos, licencias, dirección de obras, acogimiento a la protección oficial, solicitud de ayudas y créditos de los planes de vivienda, selección de adjudicatarios, planes de seguridad y salud, contratación de obras de urbanización y/o edificación, etc.), nunca puede ser comparado económicamente con el valor de la obra a ejecutar (el valor de la obra edificada o urbanizada), que paradójicamente es lo más simple de realizar. Además, va en contra de la normativa específica de las Sociedades Urbanísticas, competencia de las CC.AA., que le imponen la obligación de ser solo promotoras y no constructoras, al prohibirle la ejecución material de las obras y obligarlas a ofertarlas públicamente” (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, Serie A, n. 2-2, 16 de marzo de 2017, p. 406).

sucedía con el anterior TRLCSP<sup>32</sup>, esta previsión se hubiera recogido en los artículos de la ley dirigidos a regular los contratos de servicios o las concesiones de servicios<sup>33</sup>.

## 2.5 Recapitulación

Si se cumplen de forma acumulativa los cuatro requisitos a los que nos hemos venido refiriendo, los encargos contractuales conferidos por un poder adjudicador a otra persona jurídica distinta quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público. Y es que, aunque formalmente pudiéramos definir dicha relación como un *contrato público*, la LCSP considera que estamos ante una relación meramente organizativa, de carácter interno (art. 31.1 LCSP).

Por lo demás, debe tenerse en cuenta que, tal como prevé expresamente el artículo 32.5 de la LCSP, el incumplimiento sobrevenido de cualquiera de estos requisitos comportará la pérdida de la condición de medio propio personificado y, consecuentemente, la imposibilidad de seguir efectuando encargos a la persona jurídica afectada, sin perjuicio de que, para no afectar a la continuidad de las prestaciones, se podrán concluir aquellos encargos que estuvieran en fase de ejecución<sup>34</sup>.

Ahora bien, llegados a este punto y antes de dar por finalizado el análisis de los requisitos que se exigen a los poderes adjudicadores para realizar encargos a medios propios personificados, debemos hacer también referencia a la legislación en materia de régimen jurídico del sector público porque, como veremos seguidamente, esta parece haber introducido un nuevo requisito –que puede tener trascendencia– en lo que se refiere, como mínimo, a los encargos a medios propios realizados en el ámbito de la Administración general del Estado (art. 86 LRJSP).

## 2.6 ¿Un quinto requisito? El carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado

Como es sabido, la nueva LRJSP se ha ocupado de regular, con carácter general, el régimen jurídico de nuestras administraciones públicas, poniendo especial atención en la regulación del sector público institucional. Es precisamente en este ámbito donde encontramos el artículo 86 de la LRJSP, que parece introducir una novedad relevante –al tiempo que discutible– sobre el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados en el ámbito de la Administración general del Estado. Este precepto, después de prever que las entidades integrantes del sector público institucional podrán ser consideradas como medios propios de los poderes adjudicadores y del resto de entidades del sector público cuando cumplan las condiciones y requisitos previstos en la legislación contractual (art. 86.1 LRJSP), añade:

32 En efecto, el anterior artículo 8.2 del TRLCSP se expresaba en términos muy parecidos a los previstos ahora en la LCSP al excluir de su ámbito de aplicación: “[...] los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública”.

33 En el mismo sentido, VILLAR ROJAS, F. J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, *Anuario de Derecho Municipal* 2017, n. 11, 2018, p. 82.

34 Igualmente, el artículo 40 c) de la LCSP prevé que serán anulables los encargos que acuerden los poderes adjudicadores para la ejecución directa de prestaciones a través de medios propios, cuando no observen alguno de los requisitos establecidos en los apartados 2-4 del artículo 32 de la LCSP.

“2. Tendrán la consideración de medio propio y servicio técnico cuando se acredite que, además de disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación, se dé alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.
- b) Resulte necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico [...]”.

Como puede verse, este precepto no solo anticipaba la necesidad de acreditar que los medios propios personificados dispusieran de los medios suficientes e idóneos para poder cumplir con los encargos que pretenden atribuírseles –obligación que, como mencionábamos, se ha recogido posteriormente de forma expresa en el artículo 32.2 c) de la LCSP– sino que, además, añade una nueva limitación a la utilización de esta figura: el carácter subsidiario de los encargos a medios propios personificados respecto de la contratación pública [art. 86.2 a) LRJSP]. De este modo, excepto cuando se justifique en razones de urgencia o seguridad pública [art. 86.2 b) LRJSP], deberá acreditarse expresamente que el recurso a los medios propios resulta una opción más eficiente y sostenible, en términos económicos, que la contratación pública. Si ello no resulta posible, todos aquellos encargos de actividades contractuales que sean susceptibles de explotación deberían ser, inicialmente, objeto de un procedimiento de licitación de acuerdo con la LCSP.

En este punto, además, hay que subrayar que este requisito no se contempla simplemente como una mera formalidad legal. Al contrario. Mientras que, por un lado, el artículo 86.2 de la LRJSP afirma que el cumplimiento de dicho requisito formará parte del control de eficacia al que se someten las entidades integrantes del sector público institucional, por el otro, el artículo 86.3 de la LRJSP añade que “A la propuesta de declaración de medio propio y servicio técnico deberá acompañarse una memoria justificativa que acredite lo dispuesto en el apartado anterior y deberá ser informada por la Intervención General de la Administración del Estado [...]”.

Con toda seguridad, el hecho de que la Administración, a la hora de decidir el modo concreto de ejercer unas determinadas competencias, deba analizar y justificar detalladamente cuál resulta más adecuado desde un punto de vista de la eficiencia y la eficacia no debe parecernos una idea nada extraña (art. 103.1 CE). No obstante, que, según el artículo 86.2 a) de la LRJSP, dicha elección deba basarse solamente en criterios de “rentabilidad económica” sí que podría resultar criticable. No solo porque parte de una presunción de ineficacia de la gestión directa por parte de la Administración<sup>35</sup>, sino que, además, viene a limitar la

35 VILALTA REIXACH, M., “La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines”, Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 102.

Por otro lado, se ha afirmado también que el rigor en la exigencia de este requisito podría conllevar el efecto contrario al querido por el legislador (el ahorro del gasto público). Y es que a la Administración puede resultarle más fácil contratar que “demostrar” todos los requisitos previstos en el artículo 86.2 de la LRJSP. MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016, p. 290. Igualmente, FONT I LLOVET considera que este criterio no se compadece en absoluto con la configuración constitucional de la Administración pública, que ya descartó la subsidiariedad de la iniciativa económica de los poderes públicos. FONT I LLOVET, T., “Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa”, *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 3-38.

libertad de decisión en materia organizativa, imponiendo la utilización preferente de una determinada forma de prestación –la gestión indirecta de carácter contractual– únicamente en atención a su beneficio económico<sup>36</sup>. Todo ello nos pone de relieve, una vez más, la tradicional consideración del legislador español de la contratación pública como una simple operación económica, olvidando, por lo tanto, que las decisiones organizativas en materia de provisión de bienes y servicios constituyen también un instrumento para la consecución de otras finalidades públicas, desligadas del estricto valor económico<sup>37</sup>.

Más allá de la oportunidad de este requisito, la regulación actual puede plantearnos otra duda de carácter jurídico: ¿este nuevo requisito es aplicable solamente a los encargos efectuados por la Administración general del Estado o debe ser aplicado por todas las restantes administraciones públicas?

Si partiéramos de la disposición final 14 de la LRJSP –que prevé expresamente que el artículo 86 de la LRJSP no tiene carácter básico–, podríamos llegar a la conclusión de que estos nuevos requisitos son únicamente aplicables a la Administración general del Estado y al sector público estatal<sup>38</sup>. Ahora bien, la cuestión se complica si tenemos en cuenta también la regulación prevista en la nueva LCSP. En concreto, la disposición final cuarta de la LCSP señala lo siguiente:

“3. En relación con el régimen jurídico de los medios propios personificados, en lo no previsto en la presente ley, resultará de aplicación lo establecido en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”.

Por lo tanto, este artículo parece afirmar que el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados no solo se integraría por el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP, sino que, con carácter supletorio, además, debería cumplirse también con lo previsto en la LRJSP.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la disposición final cuarta de la LCSP sí que tiene carácter básico<sup>39</sup>, de manera que, como han apuntado algunos autores, deberíamos llegar a la conclusión de que la nueva LCSP ha querido convertir también en básicos, como mínimo por la vía de la supletoriedad, los requisitos previstos en el artículo 86 de la LRJSP y, por tanto, hacerlos extensibles a todo el sector público, tanto estatal como autonómico y local<sup>40</sup>.

36 El concepto de “rentabilidad económica” (*Return on assets*) ha sido definido como el rendimiento promedio obtenido por todas las inversiones de una determinada empresa; en otras palabras, el beneficio generado por cada euro invertido. En este sentido, entre otros muchos, RIVERO TORRE, P., y CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n. 49, 1986, pp. 15-33, o BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996, pp. 660-663.

37 Sobre la utilización estratégica de la contratación y su consideración como instrumento de consecución de determinadas políticas públicas, podemos remitirnos a GIMENO FELIU, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014, o PERNAS GARCÍA, J. J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013. Igualmente crítica resulta la lectura de dicho precepto por BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., “La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”, *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.

38 En efecto, el artículo 86 de la LRJSP se encuentra ubicado en el capítulo II (*Organización y funcionamiento del sector público estatal*) del título II (*Organización y funcionamiento del sector público institucional*), que, de acuerdo con la mencionada disposición final 14, apartado 2 c) de la LRJSP, ni tienen carácter de legislación básica.

39 Véase la disposición final primera de la LCSP.

40 En este sentido, por ejemplo, AMOEDO SOUTO, C. A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, Gimeno Felii, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 387-389, o NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, cit., pp. 685-687.

Ciertamente esta es una cuestión compleja y abierta, que no resulta nada fácil de resolver. Sin embargo, en nuestra opinión, optar por una interpretación literal de la LCSP –que permitiera ampliar el ámbito de aplicación de los requisitos previstos en el artículo 86 de la LRJSP a todo el sector público institucional– podría resultar injustificado.

En primer lugar, porque resulta extraño que una limitación tan relevante como la prevista en el artículo 86.2 de la LRJSP no se haya previsto de forma expresa y detallada en el artículo 32 de la LCSP. Téngase en cuenta que, como apuntábamos anteriormente, la aplicación de esta limitación con carácter general supondría un cambio significativo en el régimen jurídico de los encargos a medios propios personificados, por cuanto estos serían subsidiarios respecto de la contratación pública.

Por lo tanto, resulta sorprendente que el articulado de la Ley de contratos del sector público, ni siquiera su exposición de motivos, no haga ningún tipo de alusión a esta importante modificación. Más sorprendente aún cuando otra de las novedades que incorporaba dicho precepto –la exigencia de que los medios propios personificados dispongan de los medios suficientes e idóneos para realizar el encargo (art. 86.2 LCSP)– sí que se ha previsto expresamente en el artículo 32.2 d) de la LCSP.

Pero, sobre todo, creemos que no ha sido esta la voluntad del legislador estatal porque, si leemos con atención el artículo 32.1 de la LCSP, veremos cómo este precepto hace ya una referencia directa a los requisitos previstos en la LRJSP para los encargos a los medios propios personificados y la circunscribe únicamente a los medios propios de ámbito estatal. En efecto, el artículo 32.1 de la LCSP parece distinguir, por un lado, los requisitos que deberían cumplirse por todos los medios propios personificados –que serían los previstos en los artículos 32.2, 32.3 y 32.4 de la LRJSP– y, por el otro, aquellos otros requisitos que, además, son “establecidos para los medios propios del ámbito estatal en la Ley 40/2015, de 1 de octubre [...]”.

Por lo tanto, partiendo de una interpretación sistemática de la LCSP, podríamos concluir que, en nuestra opinión, los requisitos y limitaciones previstos en el artículo 86 de la LRJSP serían aplicables únicamente a las entidades que quieran configurarse como medio propio de la Administración general del Estado, no siendo obligatoriamente exigibles al resto de administraciones públicas.

Por lo demás, téngase en cuenta que la remisión que efectúa la disposición final cuarta de la LCSP a la LRJSP es solamente con carácter supletorio. En consecuencia, podríamos entender que la legislación autonómica que desarrolle la regulación básica estatal sobre el régimen jurídico de los encargos de los poderes adjudicadores a los medios propios personificados podría optar, en su caso, por otra solución, desactivando así el juego de la cláusula supletoria.

### 3 La redistribución de competencias entre entidades públicas

Como hemos ido exponiendo a lo largo de los apartados anteriores, la posibilidad de que las entidades pertenecientes al sector público puedan encargar la realización de determinadas tareas contractuales a sus medios propios personificados podría resultar una opción

---

Igualmente, aunque sin pronunciarse de forma clara, parece expresarse en el mismo sentido la reciente Resolución del Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público núm. 105/2018, de 15 de junio (pp. 22-23).

organizativa muy útil. Aunque debamos tener siempre presentes sus límites, esta herramienta puede permitir no solo una gestión más ágil de los asuntos públicos, sino también un mejor aprovechamiento de los recursos<sup>41</sup>.

No obstante, creemos que en algunas ocasiones nuestras entidades públicas realizan una utilización excesiva de esta figura, no solo porque, como ha puesto de relieve la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, se recurre de forma abusiva a esta institución, para huir de la aplicación de las normas de contratación<sup>42</sup>, sino también por su innecesariedad. En efecto, a veces la utilización de los encargos a medios propios personificados resultaría prescindible por cuanto la asignación de determinadas tareas que pretende realizarse a otra entidad pública, por su propia naturaleza, no daría lugar al establecimiento de un contrato público entre ellas y, por lo tanto, no estaría sujeto a la LCSP.

En este caso, el punto de partida debemos situarlo en una consideración básica, pero a menudo olvidada: la normativa en materia de contratos del sector público se ocupa solamente de regular el régimen jurídico de los *contratos públicos* –es decir, de los contratos onerosos celebrados por escrito por una entidad del sector público con una persona jurídica diferenciada (ex art. 2.1 LCSP) y que tienen por objeto la realización de una obra, la prestación de un servicio o un suministro–. De esta manera, quedan automáticamente fuera de su ámbito de aplicación aquellos otros supuestos en que, por faltar alguno de estos requisitos, no pueden calificarse como tales.

Desde esta perspectiva, uno de los supuestos que, en nuestra opinión, escaparían al concepto de contrato público podrían ser los procesos de descentralización funcional, en los que, como veremos seguidamente, se produce una redistribución de competencias públicas dentro de una misma organización administrativa. En efecto, cuando una determinada Administración pública decide transferir o asignar directamente la gestión de una determinada función a otra entidad instrumental, no podemos hablar propiamente de un acuerdo de voluntades de carácter oneroso entre dos personas jurídicas diferenciadas –es decir, de un contrato público (ex art. 2.1 LCSP)–, sino que nos encontraríamos ante una decisión organizativa meramente interna, de carácter unilateral. Y, como tal, esta decisión organizativa resultaría excluida del ámbito de aplicación de la normativa contractual.

Aunque es cierto que la nueva LCSP no parece recoger de forma expresa este supuesto, conceptualmente esta sería una figura plenamente conocida y amparada en nuestro ordenamiento jurídico<sup>43</sup>. Asimismo, su fundamento jurídico podría encontrarse también en la normativa comunitaria. En efecto, el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero,

41 En este sentido, se ha afirmado que “los medios propios han sido utilizados como alternativa operativa de los gestores públicos no solo ante las rigideces administrativas (para la dotación de personal público por capítulo I [...]), sino también ante las debilidades de un sector privado también en crisis y con no pocas patologías [...]”. AMOEDO SOUTO, C.A., “Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?”, cit., p. 372.

42 Véase, por ejemplo y entre otros muchos, el documento “Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia” elaborado por la Comisión Nacional de la Competencia en 2008 y que, entre otros aspectos, alertaba sobre las posibles restricciones a la competencia derivadas de la utilización de los medios propios personificados por parte de las diferentes administraciones públicas. Puede accederse a la versión electrónica de dicho documento en [https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066\\_1.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186066_1.pdf)

43 Téngase en cuenta, por ejemplo, el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local. En este sentido se expresa también VILLAR ROJAS, F.J., “El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales”, cit., p. 82.

partiendo de la libertad organizativa de los Estados miembros para establecer la prestación de sus servicios, permite excluir de su ámbito de aplicación:

“Los acuerdos, las decisiones y los demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos y que no prevén que se dé una retribución por la ejecución de un contrato, se consideran un asunto de organización interna del Estado miembro de que se trate y, en ese sentido, en modo alguno se ven afectados por la presente Directiva”.

Como puede comprobarse, este precepto vendría a recoger un supuesto aparentemente distinto de los encargos a medios propios personificados que hemos analizado anteriormente. Y es que, a diferencia de aquellos, se parte de la inexistencia de un *contrato público*, en el sentido de las directivas europeas sobre contratación, en los supuestos en que un poder adjudicador se limita a atribuir genéricamente y de forma unilateral determinadas competencias o tareas administrativas a otra entidad pública. Como avanzábamos, en estos supuestos no existe –no formal ni materialmente– un intercambio oneroso de prestaciones entre dos personas jurídicas diferenciadas. De hecho, no habría ninguna selección de una oferta –y, por tanto, de un adjudicatario–, sino solamente la asignación directa y unilateral de una determinada tarea a una entidad pública concreta<sup>44</sup>.

Más allá de estas nuevas previsiones normativas de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, debemos añadir que el TJUE ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre estos supuestos, aunque, de momento, de manera puntual. Así, con algunas breves referencias anteriores<sup>45</sup>, debemos destacar especialmente la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento el tribunal vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado de acuerdo con la normativa contractual y que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública:

“[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales, como el controvertido en el litigio principal, sobre la base del cual éstas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de Derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades” (F. J. 55).

---

44 Se ha referido a la elección de una oferta como elemento indispensable para la existencia de un contrato público la STJUE de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14, *Falk Pharma*, F. J. 38. Sobre este supuesto, véanse también el *Libro Verde de la Comisión sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE* (COM 2011 15 final, de 27 de enero), pp. 23-24 y, de forma más detallada, el *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación público-pública)* [SEC (2011) 1169, de 4 de octubre], pp. 19-20.

45 Por ejemplo, podemos citar la Sentencia de 20 de octubre de 2005, asunto C-264/03, *Comisión de las Comunidades Europeas/Francia*, F. J. 54.

Por lo tanto, el TJUE considera también que jurídicamente no puede hablarse de un contrato público cuando es un determinado poder adjudicador –o varios en este caso– quienes deciden atribuir *ex novo* a otra entidad pública el ejercicio de unas determinadas funciones públicas. Su argumentación, como veremos seguidamente, reside también en el hecho de que, aunque dicha atribución pueda suponer la gestión de un servicio, en realidad en estos supuestos no existiría un verdadero contrato oneroso celebrado por escrito entre dos personas jurídicas diferenciadas, sino una simple opción organizativa de la Administración<sup>46</sup>, por lo que, en consecuencia, ante la ausencia de un contrato público, para articular dichos traslados competenciales no sería necesario acudir a los procedimientos de adjudicación previstos en la normativa contractual.

Como puede imaginarse, todas estas previsiones pueden resultar de enorme interés para nuestras administraciones públicas, ya que vienen a limitar, en parte, la tendencia notablemente expansiva que ha experimentado la noción de contrato público en los últimos años. Al mismo tiempo, estas previsiones vendrían a garantizar un espacio de decisión organizativa propia –al margen de la legislación contractual e, incluso, de la figura de los encargos a medios propios personificados– que permitiría a las diferentes entidades del sector público poder acordar directamente la gestión de determinadas competencias o actividades mediante la creación –o modificación– de otras entidades públicas instrumentales<sup>47</sup>.

Sin embargo, como no puede ser de otra manera, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pudiera considerarse como un supuesto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación la legislación contractual.

En este sentido, para examinar brevemente cuáles podrían ser los condicionantes a la posible utilización de esta figura, debemos remitirnos nuevamente a la mencionada Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, en la que el TJUE afirma que tal supuesto de transferencia de competencias:

“[...] sólo existe si se refiere, a la vez, a las responsabilidades derivadas de la competencia transferida y a los poderes que son el corolario de ésta, de modo que la autoridad pública que es ahora competente dispone de autonomía decisoria y financiera, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente” (F. J. 55).

46 Entre nosotros, HUERGO LORA se ha expresado en sentido similar cuando, al analizar el supuesto planteado en la mencionada Sentencia *Remondis GmbH*, en concreto, la creación de un consorcio por varias entidades públicas y la posterior delegación de funciones, afirma que “Es difícil confundir eso con un contrato público porque se trata de una auténtica delegación de competencias intersubjetiva y no del encargo de la prestación de un servicio”. HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017, p. 21. Anteriormente, había puesto de relieve también esta idea, entre otros, REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, cit., p. 376.

47 En este sentido también han parecido entenderlo la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, por ejemplo, en su Informe 10/2010, de 23 de julio, o el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público, en su Resolución 113/2018, de 20 de junio. Igualmente, véase la instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona, aprobada por Decreto de la Comisión de Gobierno n. 218/536, de 26 de julio (*Gaseta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona* de 30 de julio de 2018). En contra de esta idea, EZQUERRA HUERVA, A., “La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos”, *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opinion/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/relmenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de octubre de 2018).

Por lo tanto, parecería que, más allá de los sujetos concretos que intervienen en dicha relación<sup>48</sup>, el TJUE determina la aplicación de este supuesto basándose en su objeto, es decir, tomando principalmente como referencia el contenido y alcance de esta cesión de competencias. De este modo, partiendo de esta perspectiva, dedicaremos los dos últimos apartados de este trabajo a analizar, al menos de forma inicial, la posible repercusión de dichas limitaciones.

### 3.1 Asunción de responsabilidades y autonomía decisoria

Desde nuestro punto de vista, el primer elemento que deberíamos valorar para determinar la existencia de un supuesto de transferencia de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la normativa contractual guarda relación con su contenido inmediato, es decir, con el conjunto de facultades (y deberes) que pretenden transferirse mediante dicha reordenación competencial.

En este punto, el TJUE parte de un concepto funcional. Y es que considera indiferente que la transferencia de competencias entre entidades públicas venga impuesta por una norma jurídica, por una autoridad de rango superior o, incluso, que sea acordada voluntariamente –recordemos que la Sentencia *Remondis GmbH* se refería específicamente a la creación voluntaria de un consorcio administrativo–. Lo determinante es que esta suponga la asunción de las responsabilidades vinculadas a la competencia que se transfiere, en particular de la obligación de cumplir las funciones que implica dicha competencia y los poderes que son el corolario de esta (F.J. 49).

Se trataría de demostrar que, efectivamente, la entidad pública que recibe dicha atribución competencial pasa a ocupar, a todos los efectos, el papel y lugar de la Administración cedente, disponiendo de plena capacidad de decisión sobre el ejercicio de dichas funciones. De este modo, la atribución competencial tendría como consecuencia que la entidad anteriormente competente se vea liberada de la obligación y del derecho de ejecutar esa función, que pasaría a confiarse a la entidad que asume dicha cesión.

Fijémonos cómo, en este supuesto, a diferencia de los encargos a medios propios personificados (art. 32.1 LCSP), la transferencia de competencias no se limitaría solamente a la encomienda de una prestación meramente contractual –realización de obras, suministros o servicios–, que deba ser realizada de acuerdo con las instrucciones fijadas por el poder adjudicador, sino a la atribución de un conjunto de funciones y responsabilidades concretas en un ámbito material determinado.

De todos modos, ello no supone que la entidad que pretende realizar esta asignación competencial quede desprovista de cualquier forma de control o influencia sobre esta. Al contrario. En primer lugar, como es obvio, podrá participar plenamente en el ejercicio de dichas funciones a través de los propios órganos decisorios de la entidad que recibe la competencia, que deberían permitirle también influir en la toma de las decisiones estratégicas

---

48 En este punto, sin poder entrar en más detalle en esta cuestión, queremos simplemente apuntar que la referencia que se prevé en el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, a los poderes adjudicadores no debe interpretarse *a priori* en un sentido limitativo o excluyente de otras posibles entidades del sector público. En nuestra opinión, obedece tan solo al hecho de que, como es sabido, la mencionada directiva limita su ámbito de aplicación solamente a los procedimientos de adjudicación celebrados por los poderes adjudicadores, pero no a los contratos que puedan firmar otras entidades que no tengan dicha consideración.

y más importantes<sup>49</sup>. Por lo tanto, sin necesidad de ningún negocio jurídico y, menos aún, de un encargo en el sentido del artículo 32 de la LCSP, la entidad pública delegante podría mediatizar plenamente la actuación de la entidad que recibe dicha transferencia –y sin que ello suponga ninguna merma de su autonomía de acción– a través de los órganos sociales.

Pero es que, además, como ha destacado también el TJUE en la Sentencia *Remondis GmbH*, la autonomía de acción que se reconoce a la entidad que recibe la transferencia competencial no debe entenderse tampoco como una total desvinculación por parte del ente delegante. Al contrario, tal y como se afirma expresamente en dicha resolución, la transferencia de una competencia no significa que la entidad que resulta ahora competente deba sustraerse a toda influencia por parte de la entidad cedente, que puede conservar cierto derecho de supervisión de las funciones derivadas de ese servicio y ejercerse a través de un órgano como la junta general, formada por representantes de las entidades territoriales anteriormente competentes (F.J. 52). No obstante, se añade que dicha capacidad de influencia debe ser necesariamente limitada, excluyéndose toda injerencia en la forma concreta de ejecución de las funciones comprendidas en la competencia transferida<sup>50</sup>.

Por último, conviene tener también presente que el hecho de que la transferencia que pretende efectuarse pueda tener un carácter no permanente no supondría tampoco ningún obstáculo para poder excluir este supuesto del ámbito de aplicación de la normativa contractual. Y es que el TJUE, nuevamente en la Sentencia *Remondis GmbH*, sigue diciendo que no será necesario que la transferencia de competencias tenga carácter irreversible, puesto que el reparto de competencias dentro de un Estado no puede considerarse congelado, de manera que son posibles reorganizaciones sucesivas (F.J. 53).

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, no se nos escapa que, aunque a nivel teórico todas estas limitaciones parecen estar bien fundamentadas, en la práctica puede resultar bastante complejo diferenciar realmente cuándo estamos ante un supuesto de atribución competencial directa o cuándo en un mero intercambio oneroso de prestaciones contractuales entre dos personas jurídicas diferenciadas. En otras palabras, la delimitación de qué constituye una mera ejecución material de una prestación a cambio de una remuneración de aquello que, por el contrario, supone un acto por el cual una Administración pública, unilateralmente y en el marco de sus facultades institucionales, realiza una transferencia de determinadas funciones públicas a otra entidad se nos antoja problemática. Y, en todo caso, requerirá de un examen casuístico que tenga en cuenta todas las circunstancias legales y fácticas que concurren en cada caso.

49 Piénsese, por ejemplo, que, aunque el artículo 85 *ter* de la LBRL remite la forma de designación y el funcionamiento de la junta general a los estatutos sociales, nada impide que se acuerde la designación del pleno o junta de gobierno local como junta general de una determinada sociedad mercantil municipal. Y lo mismo podríamos afirmar de los organismos autónomos o entidades públicas empresariales municipales, de acuerdo con el artículo 85 *bis* de la LBRL.

50 En este punto, el abogado general, Sr. Paolo Mengozzi, en sus conclusiones al asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, de 30 de junio de 2016, considera que no estaríamos ante un supuesto de transferencia de competencias entre entidades públicas si se previera una facultad de resolución unilateral atribuida a la Administración cedente en caso de ejecución inadecuada de la función. Y es que se considera que tal posibilidad pertenece a una lógica contractual, ajena a las transferencias de competencias. Una devolución de competencias podría, por el contrario, ser el resultado de una nueva reorganización de las funciones públicas en cuestión.

## 3.2 Ausencia de retribución y autonomía financiera

En segundo lugar, más allá del haz de potestades y deberes que pretenden transferirse con esta decisión organizativa, a la hora de analizar los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas, el TJUE ha prestado también atención a los intercambios económicos que, en su caso, se derivan de dicha atribución.

El punto de partida es que, como hemos ya apuntado, los *contratos públicos* son siempre contratos de carácter oneroso (art. 2.1 LCSP) en el sentido de que una entidad del sector público recibe una prestación –una obra, un suministro o un servicio– a cambio de una contraprestación. Por tanto, para poder hablar de un contrato público debe producirse necesariamente un intercambio de prestaciones<sup>51</sup>. En cambio, frente a esta situación, para poder verificar la existencia de un supuesto de transferencia de competencias entre poderes adjudicadores –tal y como expresa el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero– deberíamos poder acreditar que los intercambios económicos que puedan producirse no se deben a una mera retribución por la ejecución de un contrato, sino que son un elemento accesorio de dicha operación.

En otras palabras, en estos supuestos no estaríamos ante el pago de un precio por la realización de una prestación, sino que, salvando las distancias, podríamos decir que estas aportaciones tendrían una naturaleza cuasisubvencional, en cuanto se configuran como un presupuesto básico e indispensable para la puesta en marcha y el correcto funcionamiento de dicha entidad y de las competencias que se le asignan.

Desde esta perspectiva, y de acuerdo con el TJUE, la directiva no impide que dichas operaciones organizativas puedan dar lugar a intercambios patrimoniales. Al contrario. Ahora bien, en todo caso, como se apunta en la Sentencia *Remondis GmbH*:

“[...] la reasignación de los medios utilizados para el ejercicio de la competencia, que se transmiten por la autoridad que deja de ser competente a la que pasa a ser competente, no puede analizarse como el pago de un precio, sino que constituye, por el contrario, una consecuencia lógica, incluso necesaria, de la transferencia voluntaria o de la redistribución impuesta de dicha competencia de la primera autoridad a la segunda” (F. J. 45).

Como en el caso anterior, la comprobación de este requisito exigirá también un análisis casuístico, que deberá tomar en consideración principalmente el sistema de financiación de la entidad receptora de dichas funciones. Así, como decíamos, debería poder acreditarse que las posibles aportaciones que realiza la entidad cedente no se configuran como una mera remuneración contractual, de carácter sinalagmático por la prestación de un servicio concreto, sino que, como apunta el TJUE, son la consecuencia lógica de la atribución competencial efectuada.

Nuevamente, la acreditación de este requisito puede resultar compleja. Más si tenemos en cuenta que otra de las novedades que prevé la LCSP en relación con el régimen jurídico de los encargos que los poderes adjudicadores pueden realizar a sus medios propios personificados reside precisamente en limitar la retribución que estos pueden percibir únicamente por

---

51 Así lo ha puesto de relieve en muchas ocasiones el TJUE. Entre muchas otras, podemos mencionar la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GbmH* (F. J. 45), la STJUE de 18 de enero de 2007, asunto C-200/05, *Jean Aroux/Commune de Roanne* (F. J. 45), o, más recientemente, la STJUE de 18 de octubre de 2018, asunto C-606/17, *IBA Molecular Italy Srl* (FF. JJ. 28-29).

referencia a tarifas aprobadas por la entidad encomendante basándose en el coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto de encargo [art. 32.2 a) LCSP].

En cualquier caso, complementando las consideraciones anteriores, el TJUE ha considerado también que la entidad a la que se transfieren las competencias debe disponer de autonomía financiera, negándose esta cuando “la autoridad inicialmente competente conserva la responsabilidad principal relativa a las referidas funciones, si se reserva el control financiero de estas o si debe aprobar previamente las decisiones que pretenda tomar la entidad a la que se adhirió” (F.J. 49).

Ahora bien, de nuevo, esta autonomía financiera del ente receptor no debe entenderse tampoco como una total desvinculación de la Administración cedente, sino que puede suponer también algún tipo de participación, con el límite de que en ningún caso deberían conferir a la entidad que realiza dicha transferencia obtener el control financiero directo de la actividad objeto de transferencia.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, el TJUE –en la Sentencia *Remondis GmbH*– ha reconocido que no constituye una remuneración el hecho de que la autoridad que tome la iniciativa de la transferencia de una competencia o que decida la redistribución de una competencia se comprometa a asumir la carga de eventuales excesos de costes en relación con los ingresos que puedan resultar del ejercicio de esa competencia (F.J. 46). Dichas previsiones no se configurarían como el pago de un precio, sino como un mecanismo de garantía destinado a terceros, para evitar procedimientos de insolvencia de las entidades públicas.

## 4 A modo de conclusión: encargos a medios propios personificados vs. transferencias de competencias entre entidades públicas

Como anunciábamos en la introducción, a lo largo de este trabajo hemos intentado exponer, en primer lugar, algunas de las principales novedades de la LCSP en lo que se refiere al régimen jurídico de los medios propios personificados, especialmente en cuanto a los requisitos previstos en el artículo 32 de la LCSP para poder ser considerado como tal. A partir de aquí, en la parte final de nuestra exposición, nos hemos hecho eco de otro de los instrumentos de que pueden disponer nuestras administraciones para organizar la prestación de sus funciones públicas al margen de la vía contractual: las transferencias de competencias entre entidades públicas.

Por supuesto, el objetivo de nuestra exposición no reside en buscar torticeramente alternativas a la debida aplicación de la normativa contractual, sino simplemente poner de relieve los diferentes instrumentos que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico, intentando evitar el recurso a figuras –como pueden ser los encargos a medios propios personificados– para finalidades que pueden ser conseguidas mediante otros procedimientos menos complejos e igualmente válidos. Aunque somos conscientes de que, como hemos apuntado, se trata de situaciones complejas, no siempre bien definidas y que, a buen seguro, requieren de un mayor análisis.

regap



ESTUDIOS

En todo caso, llegados a este punto, para finalizar nuestro trabajo quedaría simplemente preguntarnos: ¿qué nos aporta, desde un punto de vista jurídico, esta distinción? ¿Qué importancia tiene la figura de la transferencia de competencias en relación con la utilización de los medios propios personificados?

En nuestra opinión, la principal aportación de estas dos categorías jurídicas residiría no solo en su función descriptiva, sino sobre todo en su función prescriptiva<sup>52</sup>, en la medida que de ellas se derivan dos regímenes normativos diferenciados. Así, mientras que los encargos a medios propios personificados se sujetan a los estrictos límites previstos en el artículo 32 de la LCSP, los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas, al no tener la consideración de contratos públicos (ex art. 2.1 LCSP), quedarían fuera del ámbito de aplicación de la LCSP. En consecuencia, no les resultarían de aplicación los condicionantes previstos para los encargos a medios propios personificados: por ejemplo, las limitaciones a la subcontratación o la necesidad de que la entidad que recibe dicha transferencia realice la mayor parte de su actividad para la entidad de que dependa.

Una buena muestra de la aplicación práctica de esta diferenciación conceptual y jurídica la podríamos encontrar en la ya mencionada instrucción relativa a la descentralización funcional y a los medios propios del Ayuntamiento de Barcelona –*Gaseta Municipal del Ayuntamiento de Barcelona* de 30 de julio de 2018– en la que se prevé que la asignación de la gestión de determinados servicios, actividades o competencias por parte del Ayuntamiento de Barcelona a entes o sociedades que conforman supuestos de descentralización funcional o personificaciones de servicio no constituyen un encargo a medios propios en el sentido del artículo 32 de la LCSP. Por lo tanto, estas fórmulas de gestión directa no deben formalizarse en la forma prevista en el artículo 32 de la LCSP.

Obviamente, el hecho de que estas atribuciones competenciales constituyan actuaciones que la entidad instrumental de que se trate asuma como propias en virtud de las correspondientes previsiones estatutarias no impediría, en ningún caso, que esta entidad, además, pudiera recibir al mismo tiempo otros encargos puntuales o no habituales, de acuerdo con el artículo 32 de la LCSP.

En definitiva, la transferencia de competencias se nos presentaría como una tercera forma de excepcionar determinadas relaciones entre entidades públicas de la aplicación de la legislación contractual –junto con los encargos a los medios propios personificados y las relaciones de cooperación entre entidades públicas<sup>53</sup>–. Esta excepción pone de nuevo el acento en un elemento central del sistema económico: los límites de la libertad organizativa de la Administración pública. Y es que, en realidad, con esta excepción se trata de determinar la capacidad de que dispone realmente la Administración para decidir por ella misma el cumplimiento directo de sus finalidades, es decir, hasta dónde puede llegar el ejercicio de actividades por parte del poder público, con independencia del mercado o del hecho de

---

52 Sobre las funciones de los conceptos jurídicos, DIEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 142-150.

53 Sobre el régimen jurídico de los convenios entre entidades públicas excluidos de la LCSP, nos remitimos a SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., y Garmero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 620-660, y VILALTA REIXACH, M., “Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público”, Gimeno Feliu, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 325-368.

que puedan existir también operadores económicos privados que puedan estar interesados en la gestión de dichas actividades.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C., "En torno al concepto jurídico de autoprovisión administrativa: dimensión europea y desajustes internos", *Revista de Administración pública*, n. 205, 2018.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "Los encargos a medios propios e instrumentales: ¿hacia un nuevo comienzo?", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- BERMÚDEZ SÁNCHEZ, J., "La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público", *Documentación Administrativa*, n. 2, 2015.
- BERNSTEIN, L. A., *Análisis de estados financieros*, Deusto, Bilbao, 1996.
- DÍEZ SASTRE, S., *La formación de conceptos en el Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid, 2018.
- EZQUERRA HUERVA, A., "La gestión directa de servicios locales mediante personificación interpuesta: una potestad organizativa sujeta a la legislación de contratos", *Observatorio de Contratación Pública*, 30 de septiembre de 2018. <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.371/relcategoria.121/reلمenu.3/chk.3a0f412a61f01b39aa322f484b03b9ff> (4 de octubre de 2018).
- FONT I LLOVET, T., "Administración pública, libertad y mercado. Los criterios de la reforma administrativa", *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Los encargos a medios propios y servicios técnicos en la LRJSP", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 147, 2017.
- GIMENO FELIU, J. M., "La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: el alcance de la jurisprudencia comunitaria", Tornos Mas, J. (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 2005*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2006.
- GIMENO FELIU, J. M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- GIMENO FELIU, J. M., "La «codificación» de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 172, 2015.
- HERNÁNDEZ CORCHETE, J. A., "Los presupuestos constitucionales de la actividad económica instrumental de la Administración pública. Una reflexión sobre el fundamento del uso

Regap



ESTUDIOS

- de medios propios”, Parejo Alfonso, L., y Vida Fernández, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el Siglo XXI*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- HUERGO LORA, A., “La libertad de empresa y la colaboración preferente de las Administraciones con empresas públicas”, *Revista de Administración pública*, n. 154, 2001.
- HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 8, 2017.
- MELLADO RUIZ, L., “Organización y funcionamiento del sector público institucional”, Gosálbez Pequeño, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, CEMCI, Granada, 2016.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009.
- NOGUERA DE LA MUELA, B., “Capítulo XII. Cooperación vertical: los encargos a medios propios o servicios técnicos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- ORTIZ MALLOL, J., “La relación de dependencia de las entidades instrumentales de la Administración pública: algunas notas”, *Revista de Administración pública*, n. 163, 2004.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Las encomiendas de gestión a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J., “La exigencia de “control análogo” en las encomiendas a medios propios”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, n. 311, 2009.
- PERNAS GARCÍA, J.J., “Exigencias y límites a la configuración y a la actuación de los medios propios, como entes encomendados en el marco de las relaciones *in house*”, *Actualidad Administrativa*, n. 12, 2010.
- PERNAS GARCÍA, J.J. (dir.), *Contratación Pública Estratégica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013.
- PERNAS GARCÍA, J.J., *Las operaciones in house y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, Madrid, 2018.
- REBOLLO PUIG, M., “Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *Revista de Administración pública*, n. 161, 2003.
- RIVERO TORRE, P., y CUERVO GARCÍA, Á., “Análisis económico-financiero de la empresa”, *Revista española de financiación y contabilidad*, n. 49, 1986.
- SANTIAGO IGLESIAS, D., “Capítulo XI. Cooperación horizontal: los convenios interadministrativos”, Gallego Córcoles, I., y Gamero Casado, E. (coords.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

- SOSA WAGNER, F., "El empleo de los recursos propios por las administraciones locales", Cosculluela Montaner, L. (coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003.
- TEJEDOR BIELSA, J. C., "Sociedades locales, idoneidad de medios propios y régimen de contratación", Gimeno Feliu, J. M. (coord.), *Observatorio de los contratos públicos 2013*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "Los llamados contratos de auto-provisión (o contratos in house providing)", Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Contratos. Civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, Tomo XIV, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2014.
- VILALTA REIXACH, M., "La encomienda de gestión en la LRJSP. Régimen jurídico y distinción de figuras afines", Tornos Mas, J. (coord.), *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, Atelier, Barcelona, 2017.
- VILALTA REIXACH, M., "Los convenios interadministrativos a la luz de la Ley de Contratos del Sector Público", Gimeno Feliu, J. M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2018.
- VILLAR ROJAS, F. J., "El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales", *Anuario de Derecho Municipal 2017*, n. 11, 2018.

Regap



ESTUDIOS



A situación do sector das renovables en Galicia tras a reforma eléctrica

## La situación del sector de las renovables en Galicia tras la reforma eléctrica

The situation of the renewable energy sector in Galicia after the electrical reform



JOSÉ ANTONIO BLANCO MOA

Abogado y doctorando de la Universidad de A Coruña  
jblancomoa@gmail.com

Recibido: 29/05/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Recentemente, a nivel estatal levouse a cabo unha fonda reforma legislativa do sector eléctrico que reduciu de xeito considerable o apoio ao sector das enerxías renovables, un sector que ten unha grande importancia en Galicia. Por mor diso, os produtores de enerxías renovables realizaron reclamacións contra o Estado español polos danos causados por este cambio legislativo.

As reclamacións efectuáronse ante tribunais nacionais e internacionais. Os primeiros están a rexeitar estas reclamacións baseándose no concepto de risco regulatorio. Mentres, en canto aos segundos, o CIADI resolveu recentemente a primeira controversia ao respecto, decidindo a favor dos investidores.

A redución da remuneración e o tratamento xurídico que se lle deu implicaron a paralización do sector das renovables en Galicia. Malia iso, recentemente, a través das poxas eléctricas, pouco a pouco estase volvendo a reactivar este, como se exporá neste artigo.

**Palabras clave:** Enerxía renovable, reforma eléctrica, Galicia, poxas eléctricas.

**Resumen:** Recientemente, a nivel estatal se ha llevado a cabo una profunda reforma legislativa del sector eléctrico que redujo de modo considerable el apoyo estatal al sector de las energías renovables, un sector que tiene una gran importancia en Galicia. Por esta razón, los productores de energías renovables realizaron reclamaciones contra el Estado español por los daños causados por dicho cambio legislativo.

Las reclamaciones se efectuaron ante tribunales nacionales e internacionales. Los primeros están rechazando estas reclamaciones basándose en el concepto de riesgo regulatorio. Mientras, en cuanto a los segundos, el CIADI resolvió recientemente la primera controversia al respecto, fallando a favor de los inversores.

La reducción de la remuneración y el tratamiento jurídico que se le dio han supuesto la paralización del sector de las energías renovables en Galicia. A pesar de ello, recientemente, a través de las subastas eléctricas, poco a poco se está reactivando el mismo, como se expondrá en este artículo.

**Palabras clave:** Energía renovable, reforma eléctrica, Galicia, subastas eléctricas.

**Abstract:** Recently in Spain a deep legislative reform of the electrical sector has been carried out. This fact has considerably reduced state support for the renewable energy sector; a sector that has a great importance in Galicia. For this reason, renewable energy producers claimed damages caused by this legislative change against the Spanish State. The claims were made before national and international courts. The former is rejecting these claims on the basis of the concept of regulatory risk. Meanwhile, with regard to the latter, ICSID has recently decided the first controversy in this respect, failing in favour of investors.

The reduction of remuneration and the legal treatment that has been given to it has involved the paralysis of the renewable energy sector in Galicia. Despite this, recently, through the electrical energy auctions, the sector is little by little reactivating, as will be shown in this article.

**Key words:** Renewable energy, electrical reform, Galicia, electric auctions.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 La reforma eléctrica: El objeto de la controversia. 2.1 Marco de partida. 2.2 La reforma eléctrica. 3 Efectos de la reforma en Galicia. 3.1 Efectos económicos. 3.2 Efectos jurídicos. 3.2.1 Jurisprudencia nacional. 3.2.2 Jurisprudencia internacional. 4 La situación actual. 5 Consideraciones finales.

## 1 Introducción

El sector eléctrico es un sector de gran complejidad técnica y económica, siendo la energía eléctrica un recurso clave para cualquier país en la actualidad. Su importancia social implica que su abastecimiento se articule como un servicio de interés económico general. Ello, unido a la relevancia estratégica del sector y a su propia estructura, implica la existencia de abundante legislación tanto a nivel nacional como europeo e incluso internacional.

Dentro del sector eléctrico, las energías renovables comenzaron a incrementar su importancia desde la década de los noventa. Este sector de las renovables en Galicia disfruta de gran relevancia como motor económico y creador de empleo. Esto, que en buena parte fue debido a las características naturales de nuestro país, pudo ser posible gracias a un importante apoyo estatal desde que la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, contempló un marco regulador específico. Aunque esta normativa sufrió varias reformas en la primera década del siglo XXI, estas estuvieron caracterizadas por el apoyo estatal al sector, tratando de cumplir con los objetivos marcados desde la Unión Europea. De este modo, las renovables han vivido un gran auge durante estos años, hasta el punto de que Galicia se ha convertido en una de las regiones más punteras de España en este campo, siendo esta al mismo tiempo uno de los Estados que ha apostado más decididamente por este tipo de energía.

Este panorama cambió drásticamente con la reforma del sector eléctrico comenzada en el año 2012, con el cambio de gobierno producido tras las elecciones de 20 de noviembre de 2011. Esta reforma desembocó en la derogación de la Ley 54/1997 por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, que se convirtió en la nueva norma de cabecera del sector. Debido a ello, el apoyo a las energías renovables sufrió recortes de gran calado, lo que implicó fuertes protestas, muchas de las cuales terminaron en los tribunales.

Esta nueva normativa no solo recortó el apoyo administrativo a las energías renovables, sino que modificó también los conceptos por los que recibir una ayuda mayor o menor. Debido a la importancia del sector en Galicia, este cambio normativo resultó de gran importancia. A causa de este, las inversiones se redujeron debido a la disminución del atractivo del sector y a la inseguridad jurídica generada por la nueva normativa. A pesar de ello, recientemente comenzó a mostrar de nuevo signos de activad.

De este modo, el análisis que centrará este estudio versará acerca de la reforma eléctrica y sus efectos sobre las renovables en Galicia. Igualmente, también se hará referencia a los

problemas generados a partir de este cambio normativo y a las perspectivas de futuro del sector.

## 2 La reforma eléctrica: El objeto de la controversia

### 2.1 Marco de partida

Desde la década de los noventa las cuestiones medioambientales empezaron a cobrar importancia en las políticas energéticas de la Unión Europea, favoreciendo el crecimiento del sector de las energías renovables. Con el Tratado de Maastricht de 1992 se introdujeron las competencias de la Unión Europea en materia energética. Posteriormente, en 1996 se publicó el Libro Verde sobre energías renovables y en 2001 el Libro Blanco junto con la Directiva 2001/77/CE, donde ya se concretaban ciertas metas. Con ello, el sector empezó a estar más presente en las políticas energéticas. De este modo, la Comisión estableció como objetivo para 2010 que la energía final procedente de fuentes renovables fuera por lo menos del 10 % y el Parlamento Europeo amplió este porcentaje hasta el 15 %, quedando estipulado en la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

A su vez, se promulgaron un conjunto de directivas conocido como “Paquete Verde”, dentro del que destaca la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta normativa introdujo los denominados objetivos 20/20/20, los cuales implican que en el año 2020 se reduzcan las emisiones de gases de efecto invernadero en un 20 % respecto a los niveles de 1990 –pueden implicar una reducción de hasta el 30 % si se cumplen ciertas condiciones–, que el 20 % de la energía consumida provenga de fuentes renovables y que se mejore la eficiencia energética en un 20 %<sup>1</sup>.

Tanto la Directiva 2009/28/CE como el resto de la normativa del “Paquete Verde” otorgan a los Estados miembros un gran margen de discrecionalidad a la hora de realizar su regulación concreta. Fue en este margen en el que el Estado español se movió para efectuar las diversas normativas creadas al respecto<sup>2</sup>.

Además, también es necesario destacar que a través del Real decreto 2563/1982, de 24 de julio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de industria, energía y minas, la Xunta de Galicia pasó a ejercer las funciones correspondientes al Ministerio de Industria y Energía en materia de energía. En cambio, en el ámbito de producción, por ejemplo, no se le traspasaron estas funciones cuando el aprovechamiento afectara a otra comunidad autónoma. Por otra parte, esa norma también determinó que, a pesar de la cesión de competencias, la explotación del sistema de producción y transporte de energía debía ajustarse a las instrucciones del Ministerio de Industria y Energía, siempre y cuando esa producción y transporte estuvieran integrados en la red peninsular.

1 SEVILLA JIMÉNEZ, M., GOLF LAVILLE, E., y DRIHA, O.M., “Las energías renovables en España”, *Estudios de Economía Aplicada*, Vol. 31-1, 2013, p. 37.

2 MIGNORANCE MARTÍN, C., “Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 87, 2013, pp. 145-147.

Todo ello debe ser contextualizado en el ámbito de la firma del Protocolo de Kioto de 1997 sobre el cambio climático. En él, un gran número de países se comprometió a reducir su emisión de gases de efecto invernadero a la atmósfera. Una buena forma para hacer esto era desarrollando las energías renovables, pero estas energías no eran competitivas ante las convencionales, por lo que parte de los gobiernos que apostaron por este sector, entre los que se incluyó el español, decidieron apoyarlo económicamente<sup>3</sup>.

Sin embargo, tanto la Administración española como la gallega favorecieron de forma constante el crecimiento del sector de las energías renovables desde la década de los noventa con regulaciones benévolas.

La principal norma de esta época fue la Ley 54/1997, con la cual, como cambio trascendental, se liberalizó el mercado primario de energía. La otra característica clave de esta regulación fue el importante apoyo al régimen especial –en el que se incluían las renovables–, en la búsqueda de cumplir con los objetivos comunitarios para el año 2010. En el desarrollo de dicha disposición legal se pueden distinguir tres claros períodos, dentro de los cuales destacó un real decreto central sobre el que se basó el resto de normativa.

El primer período reglamentario se encuadra entre los años 1998 y 2004. En este, la norma principal fue el Real decreto 2818/1998, de 23 de diciembre. Aquí, el sistema retributivo elegido estableció en su base central una elección entre dos alternativas. Por un lado, los productores podían acudir al mercado y en él, además del precio al que consiguieran vender la energía, obtener una prima fija por encima de los ingresos propios de la venta. Mientras, la otra alternativa se basaba en la venta de energía a las empresas abastecedoras, que estaban obligadas a comprarla preferentemente, por lo que percibían un precio fijo total distinto del de mercado. Este precio también era ajustado anualmente y permitía a los generadores predecir con mayor exactitud sus ingresos, puesto que no dependían de la fluctuación de los precios del mercado. En este período, en lo referido a Galicia se debe citar también el Decreto 302/2001, de 25 de octubre, que impulsó el crecimiento de la energía eólica.

El segundo bloque normativo se construyó sobre el Real decreto 436/2004, de 12 de marzo, abarcando el período de 2004 a 2007. Esta norma en su exposición de motivos explicaba que nacía con el objetivo de otorgar un marco regulatorio duradero, objetivo y transparente. Así pues, se trató de reforzar el carácter previsible de la remuneración y la estabilidad del sistema, eliminando revisiones de tarifas retroactivas y garantizando la rentabilidad de las inversiones con un nuevo método de retribución. Esta forma de retribución implicaba, de nuevo, una elección entre dos alternativas. De este modo, los productores podían acudir al mercado, que tenía mayores riesgos pero también mayores posibilidades de ganancia, o no hacerlo. La diferencia con la retribución del Real decreto 2818/1998 residía en la venta a los distribuidores –en lugar de directamente al mercado–. Esta pasó a recibir una remuneración referenciada indirectamente al mercado, incentivándose que los productores acudieran a la opción de mercado<sup>4</sup>. En este período Galicia, que había comenzado desde muy pronto a apostar por este tipo de energía, se consolidó como la comunidad autónoma con mayor

---

3 SÁENZ DE MIERA, G., DEL RÍO GONZÁLEZ, P., y VIZCAÍNO, I., "Analysing the impact of renewable electricity support schemes on power prices: The case of wind electricity in Spain", *Energy Policy*, n. 36, 2008, pp. 3345-3346.

4 DEL RÍO GONZÁLEZ, P., "The years of renewable electricity policies in Spain: An analysis of successive feed-in tariff reforms", *Energy Policy*, n. 36, 2008, pp. 2918-2926.

producción eléctrica a través de energías renovables, especialmente eólica, así como la que disfrutaba de una potencia instalada mayor<sup>5</sup>.

El Real decreto 436/2004 fue derogado por el Real decreto 661/2007, de 25 de mayo, que constituyó la norma básica por la que se rigió el tercer período de desarrollo de la Ley 54/1997, y que abarcó desde 2007 hasta la reforma eléctrica. Con este cambio normativo, el régimen de retribución introdujo ciertos mecanismos de revisión, con la finalidad de aportar seguridad jurídica al sistema. Una vez más, la norma permitía dos opciones de venta de energía. Por un lado, se podía seguir con la tarifa regulada como en la anterior normativa. Mientras, la opción de acudir al mercado variaba. Así, eligiendo esta, se podía vender la energía a través del sistema de ofertas gestionado por el OMIE, a través de una contratación bilateral o a plazo, o a través de una combinación de todo esto, contando con una prima a mayores. Al igual que con la anterior normativa, se trató de alentar a los productores para que acudieran al mercado<sup>6</sup>. Mientras, en lo relativo a Galicia, esta dejó de encabezar la lista tanto en producción a través de fuentes renovables como en potencia instalada, pero logró estar siempre entre las comunidades a la cabeza.

## 1.1 La reforma eléctrica

Durante estos años de continuo apoyo estatal al sector de las energías renovables, el sistema eléctrico acumuló un déficit tarifario considerable. Este se puede definir como la diferencia entre los ingresos que las empresas distribuidoras de energía reciben de los pagos cobrados a los consumidores por la tarifa regulada y los costes reconocidos por la normativa<sup>7</sup>. Dichos costes incluyen el coste de producir, transportar, distribuir y comercializar la electricidad, los impuestos, un concepto específico destinado a reducir este déficit y unos costes que se fueron asociando a la tarifa por diversos motivos. Estos últimos se dividen en: a) costes por prestaciones sociales tales como subsidios al consumo de carbón nacional, b) costes provocados por las políticas de cohesión territorial, como pueden ser los pagos que se hacen a los generadores de electricidad en las islas, y c) costes derivados de decisiones de política económica y medioambiental, donde se encuentran las primas pagadas a las energías renovables<sup>8</sup>.

Por su parte, los ingresos que las empresas eléctricas reciben de los consumidores no solo se componen del precio pagado por la energía consumida, sino que también contienen una tarifa de acceso en la cual se incluyen peajes correspondientes tanto al transporte como a la distribución, así como primas al régimen especial y otros costes de abastecimiento<sup>9</sup>.

Aunque doctrinalmente existe cierto debate acerca de la influencia de las energías renovables en el déficit tarifario, desde la Administración han sido señaladas como unas de las principales culpables. Este argumento se empleó para explicar la necesidad de la reforma eléctrica y la bajada de la remuneración otorgada al sector de las energías renovables.

5 Datos consultados en la CNMC en: <https://www.cnmc.es/> (14 de abril de 2018).

6 RUIZ OLMO, I., y DELGADO PIRQUERAS, F., "La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico", Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 83-84.

7 FABRA UTRAY, J., "El déficit tarifario en el sector eléctrico español", *Temas para el debate*, n. 210, 2012, p. 52.

8 SALLÉ ALONSO, C., "El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico", *Papeles de economía española*, n. 134, 2012, pp. 102-103.

9 MONTES, E., "El déficit tarifario", *Economistas*, vol. 30, n. 131, 2012, p. 235.

Esta reforma eléctrica, aunque se tiende a situar temporalmente en el cambio de gobierno estatal a finales del año 2012, ya encuentra sus primeras normas controvertidas unos años antes. Así, dentro de estas se debe citar el Real decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, y el Real decreto ley 14/2010, de 23 de diciembre. Estas normas fueron el primer contratiempo significativo a la política prorrenovables, y, en especial, afectaron a la energía fotovoltaica. La primera de ellas redujo las primas de la energía fotovoltaica, pasando la vida útil en que podían percibirla de 30 a 25 años. Mientras, la segunda introducía peajes a todos los productores por verter la energía a la red y limitaba las horas equivalentes de la energía fotovoltaica –con la consiguiente disminución de la retribución–.

De una manera similar, en Galicia, la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se regula el aprovechamiento eólico, introdujo un canon eólico, justificándose este en el “impacto visual y ambiental” creado por este tipo de energía (art. 11). Esta norma, que fue promulgada poco tiempo después de la entrada en el Gobierno gallego del Partido Popular, indicaba también en su disposición transitoria primera que las mismas razones que la justificaban eran causas necesarias y suficientes de interés público para determinar el desistimiento de los procedimientos de autorización de parques eólicos en tramitación instruidos al amparo de la Orden de 6 de marzo de 2008, aprobada por el anterior Gobierno conformado por el Partido Socialista y el Bloque Nacionalista Galego. Esta norma reconocía a este respecto la existencia de un posible daño a las entidades concursantes y disponía que “las indemnizaciones que, en su caso, deriven del desistimiento se referirán exclusivamente a los gastos debidamente justificados que hayan resultado imprescindibles en la instrumentación de la solicitud siempre y cuando tales documentos no sean utilizados en las nuevas convocatorias que se produzcan al amparo de esta ley” (punto cuarto de la disposición transitoria primera). En cambio, se produjeron diversos contenciosos al respecto debidos, esencialmente, a la desestimación por silencio de la Consellería de Economía e Industria de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial surgidas de esta actividad. La mayoría de estos supuestos se resolvieron en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, donde en resoluciones tales como la Sentencia 415/2016, de 18 de mayo (JUR 2016\138542)<sup>10</sup> o la Sentencia 715/2015, de 16 de septiembre (JUR 2015\232707), se estimaron en parte los recursos presentados, pero devolviendo solamente los gastos relativos a costes de anteproyectos y memorias presentados ante la Administración que fueron efectivamente preseleccionados para su futura adjudicación. Ante ello, algún afectado como el grupo Andavia Renovables (participado por grandes empresas como Coren, Copasa o Gadisa) recurrió al Tribunal Supremo. En cambio, el alto tribunal, en la Sentencia 2038/2017, de 20 de diciembre (RJ 2017\5897, caso Andavia), confirmó la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Tras esto, en 2012 hay que destacar el Real decreto 1/2012, de 27 de enero, por el que se procedió a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, y la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, que estableció un impuesto del 7 % a los productores y eliminó las primas a la electricidad generada con gas.

Ya en el año 2013, se aprobó el Real decreto ley 2/2013, de 1 de febrero, que seguía tratando de corregir los desajustes entre ingresos y costes en el sector eléctrico. Este decreto introdujo

---

<sup>10</sup> Las referencias de la jurisprudencia utilizada son todas de Westlaw Aranzadi.

ciertas reducciones a la baja en la remuneración al régimen especial y cambió la actualización de las tarifas según el IPC por un índice de referencia más bajo. Esta norma, igual que había sucedido con el Real decreto ley 14/2010, fue objeto de recurso de inconstitucionalidad. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia del Pleno 183/2014, de 6 de noviembre (RTC 2014\183), no dictaminó sobre la posible inconstitucionalidad por pérdida sobrevenida del recurso –como había sucedido en la sentencia sobre el Real decreto ley 14/2010–, debido a que la norma fue derogada antes de la resolución<sup>11</sup>.

Posteriormente, el Real decreto ley 9/2013, de 12 de julio, en su exposición de motivos recoge que su realización responde al “carácter insostenible del déficit del sector eléctrico y de la necesidad de adoptar medidas urgentes de vigencia inmediata que permitan poner fin a esta situación”. En él se lleva a cabo una reconsideración del régimen especial y su remuneración<sup>12</sup>.

La nueva retribución pasó a ser determinada por lo que se hubiese obtenido de la venta de energía en el mercado más una retribución específica por unidad de potencia instalada. Con ello se buscó cubrir los costes no recuperables en el mercado de una instalación tipo ocasionados por la inversión inicial<sup>13</sup>. La Administración, para calcular esta retribución, se basa en datos estándar de ingresos, costes de explotación e inversión inicial para una empresa eficiente y bien gestionada<sup>14</sup>. Esto encuentra el concepto de rentabilidad razonable como punto de referencia, la cual se calcula sobre la base de los bonos españoles a diez años más un diferencial, que actualmente es del 3 %, y es lo que se considera que cada instalación debe percibir a lo largo de su vida útil. De este modo, para su cálculo también se incluyen las cantidades percibidas en ejercicios anteriores. Finalmente, el último aspecto destacable de la nueva remuneración es la revisión de los parámetros retributivos cada seis años.

En cuanto a las instalaciones ya existentes, se les aplicó esta nueva normativa de manera similar a las nuevas instalaciones, pero disfrutaron de un régimen transitorio que acabó resultando problemático. Este régimen consistió en la aplicación mayoritaria de la normativa anterior hasta que se hubiesen aprobado las disposiciones necesarias para la plena aplicación del real decreto. Así pues, la remuneración a las renovables en estas fechas implicó liquidaciones a cuenta amparadas por este régimen transitorio. Posteriormente, una vez aprobada la nueva normativa, dichas liquidaciones fueron objeto de regularización, implicando derechos de cobro u obligaciones de pago y dando lugar a debate sobre la existencia de retroactividad en la medida.

Todos estos cambios prepararon el camino para la aprobación de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. Esta se convirtió en la nueva norma principal del sector. Con ella se eliminó –al menos de manera nominal– el régimen especial de las energías renovables. A pesar de ello, esta norma también prevé la posibilidad de que, con carácter excepcional, se establezcan nuevos regímenes retributivos específicos para fomentar la producción a través

- 
- 11 BARNÉS VÁZQUEZ, J., y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria proyección de los poderes públicos”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 215-216.
- 12 GALÁN VIOQUE, R., “El ocaso de las energías renovables en España”, Sandulli, M.A., y Vandelli, L. (dir. congr.), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, 2016, pp. 391-392.
- 13 GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., “La sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico”, Rivero Ortega, R., y Rastrollo Suárez, J.J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014, pp. 80-81.
- 14 De este modo, la nueva remuneración se desvincula del concepto de productividad.

de energías renovables para el caso de que se establezcan nuevos objetivos energéticos desde la Unión Europea o cuando su introducción suponga la reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior. A mayores, en esta ley se concretan más las revisiones del sistema retributivo que introdujo el Real decreto ley 9/2013, aunque no se acabaron de definir por completo.

Este mayor detalle de la nueva remuneración se introdujo con el Real decreto 413/2014, de 6 de junio, donde se contiene la fórmula básica de retribución a los generadores de renovables. Dicha fórmula aparece más detallada en la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio.

Esta norma implicó un cambio de filosofía en la forma de retribuir, ya que, hasta el momento, se hacía por la energía generada. Ahora, los componentes básicos que se tratan de recoger son un elemento que englobe lo que se recibió de ayudas en el pasado y otro que determine cuánto se debe percibir en el futuro. Todo esto es ajustado a los períodos que quedan de vida útil de la instalación para no percibir de más.

Además, también se tiene en cuenta la rentabilidad razonable que la Administración garantiza. Esta rentabilidad se calcula como la promedio del rendimiento de las Obligaciones del Estado a diez años en el mercado secundario los 24 meses previos al mes de mayo del año anterior al del período regulatorio, incrementándose en un diferencial. Actualmente está establecido en un 7,503 %. De este modo, los conceptos clave pasan a ser la potencia instalada y el año de instalación de autorización definitiva, obviando totalmente la productividad de las instalaciones.

## 3 Efectos de la reforma en Galicia

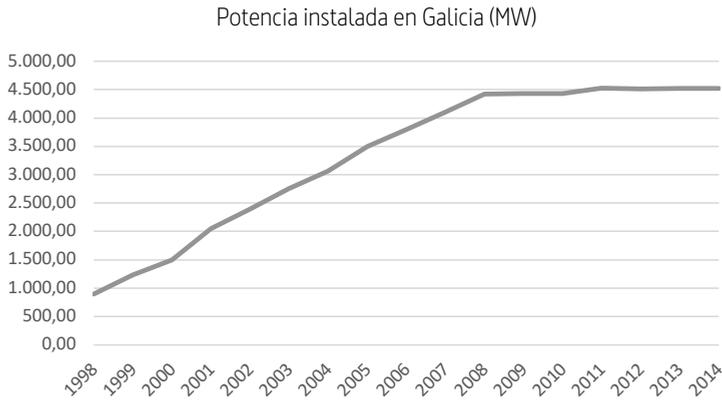
### 3.1 Efectos económicos

Como se indicaba en el apartado anterior, en la nueva remuneración a las renovables influye principalmente el año de instalación y la potencia instalada, aunque este último factor simplemente multiplica la forma de retribución. A pesar de lo anterior, sí que se debe destacar que, en función del tipo de energía renovable de la que se trate, la fórmula sufre ciertas modificaciones. Aun así, lo descrito se corresponde, entre otras, con la remuneración a la energía eólica, que en 2012, al inicio de la reforma, englobaba cerca del 75 % de la potencia renovable instalada en Galicia<sup>15</sup>.

Partiendo de lo anterior, se debe observar, en primer lugar, cómo evolucionó la potencia instalada en Galicia, algo que se puede ver en la siguiente gráfica:

---

15 Datos consultados en la CNMC, excluyendo de entre las renovables la gran hidráulica, es decir, la que tiene una potencia instalada superior a los 50 MW.

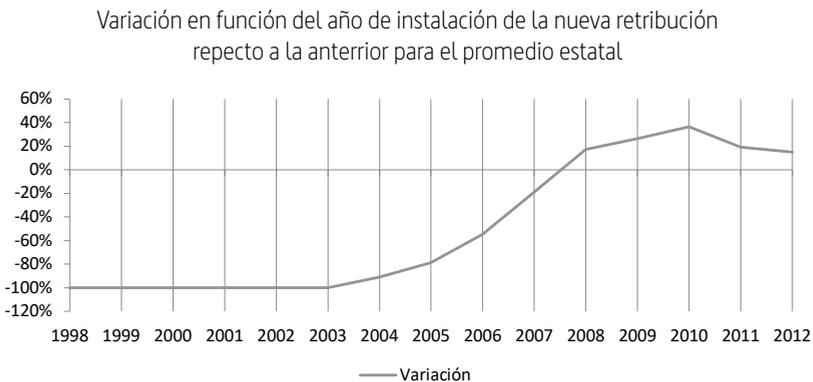


Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNMC.

En la gráfica se muestra cómo en Galicia se apostó de manera precoz por las energías renovables. Así, existió una constante evolución hasta el año 2008, momento en el que se produjo un cambio del régimen remuneratorio, el cual introdujo un escenario un poco menos favorable para las explotaciones gallegas. Además, a ello hay que añadir que con el estado de la tecnología actual –que está avanzando de forma muy rápida– era complicado aprovechar más de forma rentable los recursos energéticos gallegos. Otro aspecto que contribuyó a este menor crecimiento fue la promulgación de la Ley 8/2009 y la problemática surgida a causa de esta que antes describimos.

Otro dato que se percibe en la gráfica y que es preciso concretar es el año medio de autorización definitiva que tienen las explotaciones de renovables gallegas. Este, basándonos en datos de la CNMC, es 2002. Mientras, en comparativa, el año medio de instalaciones de este tipo en España es 2005.

Tomando este dato, se puede analizar cómo se han visto afectadas las renovables en función de este. Así, centrándonos en la energía eólica, que como se indicaba es la principal fuente renovable en Galicia, la variación media estatal de la remuneración con la reforma eléctrica se produjo de la siguiente manera:



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNMC.



En esta gráfica se refleja cómo las instalaciones que poseen un año de autorización definitivo anterior a 2003 fueron consideradas como enteramente amortizadas por la Administración, por lo que no se les otorgó remuneración ninguna. Por su parte, las instalaciones realizadas entre el año 2003 y el 2008 sufrieron importantes recortes en su remuneración, aunque estos fueron menores en las instalaciones más recientes. Finalmente, a partir de 2008 los parques eólicos se encuentran con una retribución mayor que la que venían recibiendo. Esta crece hasta 2010, cuando comienza a bajar, pero situándose siempre por encima de la remuneración anterior.

La evolución de esta gráfica deja ver un comportamiento del legislador un tanto incomprensible. Así, esta, en lugar de morir en cero –es decir, que la remuneración fuera igual que la de la legislación anterior–, sigue aumentando una vez llegada a los niveles retributivos anteriores. Por lo tanto, partiendo de que la explicación principal de esta reforma por parte del Gobierno era la de combatir el déficit tarifario, este comportamiento resulta incoherente.

Esto tiene gran relevancia en lo relativo a las explotaciones gallegas, ya que, como se describió, a partir de 2008 la potencia instalada aumentó muy poco, teniendo, por lo tanto, casi todas las instalaciones una fecha de autorización definitiva anterior. Así pues, la energía eólica en particular y las renovables gallegas en general se vieron especialmente perjudicadas por la reforma eléctrica. Si lo comparamos con el resto de las comunidades autónomas, el efecto es el siguiente:

Variación de la retribución específica de la energía eólica por comunidad autónoma

Comunidad autónoma <sup>16</sup>	Variación de la retribución
Andalucía	6,67 %
Aragón	-79,21 %
Asturias	-16,82 %
Cantabria	52,78 %
Castilla-La Mancha	-51,94 %
Castilla y León	-18,11 %
Cataluña	5,36 %
Comunidad Valenciana	3,06 %
Galicia	-75,07 %
La Rioja	-92,42 %
Murcia	2,11 %
Navarra	-93,45 %
País Vasco	-87,98 %
Promedio peninsular	-40,55 %

Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la CNMC.

16 Las comunidades autónomas de Madrid y Extremadura, así como las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla son excluidas porque antes de la reforma eléctrica no disfrutaban de potencia eólica instalada. Por su parte, las comunidades autónomas de las Islas Canarias e Islas Baleares tampoco fueron incluidas en el análisis, ya que la liquidación de su remuneración específica se realiza de manera diferente debido a sus especiales circunstancias.

De esta tabla se extrae que los parques eólicos gallegos fueron de los más perjudicados por la reforma eléctrica, solo superados por los aragoneses, vascos, riojanos<sup>17</sup> y navarros. Los parques de estas comunidades autónomas son los que tienen un año de autorización definitiva más antiguo y operan con un mayor número de horas equivalentes de funcionamiento al año –es decir, son más productivos–. Las causas que implican estos resultados se encuentran en que desde la Administración se consideraron ya amortizados los parques anteriores a 2003, como se veía en la gráfica anterior, y parcialmente amortizados los parques con un año de autorización definitiva comprendido entre 2003 y 2008. Además, a diferencia de lo que sucedía con la anterior normativa, esta forma de remuneración no premia la productividad de las instalaciones. Sin embargo, los lugares donde el número de horas equivalentes era superior, como en el caso gallego, se vieron comparativamente perjudicados.

Con estos datos se puede afirmar que la reforma eléctrica introdujo un claro recorte de la remuneración global en el sector de las renovables y, en particular, en el sector eólico. El promedio peninsular bajó un 40,5 % y la única comunidad que se vio altamente favorecida, Cantabria, presenta una escasísima potencia instalada, por lo que no resulta relevante en el contexto estatal. Como resumen, teniendo en cuenta que la prima total que la Administración otorgó a la eólica en 2012 bajo el amparo de la anterior legislación fue de en torno a los 2.053 millones de euros, el ahorro que el Gobierno conseguirá lograr con esta nueva forma de retribuir será de unos 832,5 millones de euros<sup>18</sup>. Además, dentro de este contexto, Galicia resultó especialmente perjudicada.

De este modo, los productores gallegos, junto con los de otras comunidades autónomas, emitieron quejas, poniendo de manifiesto precisamente que estaban siendo penalizados a pesar de contar con las instalaciones más eficientes y ser los que en su día habían asumido el riesgo de apostar por una tecnología que, en aquel momento, aún no estaba madura. En cambio, argumentaban, las instalaciones que tenían una menor eficiencia y se habían subido al arranque de las renovables una vez visto ya que el sector era rentable son las que salen más beneficiadas de la reforma. Todo ello desembocó en un amplio número de litigios tanto ante tribunales nacionales como internacionales.

## 3.2 Efectos jurídicos

### 3.2.1 Jurisprudencia nacional

Sobre el paquete normativo constituyente de la reforma eléctrica, se realizaron múltiples reclamaciones tanto desde empresas privadas y particulares como desde instituciones. Así, por ejemplo, la Xunta de Galicia elevó al Tribunal Constitucional un recurso de inconstitucionalidad en el caso del Real decreto ley 1/2012, aunque fue desestimado. De este modo, la reforma eléctrica dio pie a una amplia jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como, especialmente, del Tribunal Supremo. El concepto central en el que se basaron ambos tribunales fue el del riesgo regulatorio.

<sup>17</sup> Esta comunidad autónoma tiene la característica de que su potencia instalada es muy pequeña, por lo que su relevancia es escasa.

<sup>18</sup> Aunque esto es una aproximación, ya que dentro de dicho cálculo juegan otros factores que no se están teniendo en cuenta, como puede ser la evolución de la potencia instalada. En el eje económico se profundizó más en: BLANCO MOA, J.A., "A reforma eléctrica en España: Efectos sobre el sector eólico", *Repositorio Institucional da UDC*, 2015.

Este concepto, creado por la jurisprudencia, encuentra su origen a finales de los años ochenta y principios de los noventa, en los denominados sectores regulados –como es el energético–. Estos, que fueron liberalizados en esa época, eran sectores estratégicos, por lo que precisaban de una importante regulación estatal. Ello se debía a la necesidad de defender ciertos intereses generales, normalmente mediante las obligaciones de servicio público<sup>19</sup>.

Así, el riesgo regulatorio se define como la posibilidad existente de que las normas básicas de un determinado sector –regulado– varíen, y con eso se frustren las estrategias y expectativas de los operadores de dicho sector, fundadas en la regulación anterior. Este, además, permite que los principios de seguridad jurídica y confianza legítima se vean reducidos. En la doctrina establecida por el propio Tribunal Supremo este riesgo se les impone a los operadores privados del sector, que tienen la obligación de soportarlo como una carga<sup>20</sup>.

En lo relativo a la seguridad jurídica, se debe partir del componente doble del mismo. Este, por un lado, exige la regularidad estructural y funcional del sistema jurídico a través de sus normas e instituciones, debiendo ser previsibles los efectos de la aplicación de estas normas. Mientras, por otro lado, también implica la posibilidad de conocimiento del derecho que es necesario aplicar por sus destinatarios<sup>21</sup>. Así, en palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia 270/2015, de 17 de diciembre de 2015 (RTC 2015\270) –que versa sobre la constitucionalidad de dicho Real decreto ley 9/2013–, este principio se debe entender como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, la ausencia de confusión normativa y la previsibilidad en la aplicación del derecho. En este caso el Tribunal Constitucional consideró que esta norma no vulneró el principio de confianza legítima, ya que las circunstancias económicas del sector hacían necesario un cambio normativo. Además, este cambio no se podía argumentar que fuera inesperado para un operador prudente y diligente, debido, de nuevo, a las circunstancias económicas del sector<sup>22</sup>.

La misma línea jurisprudencial es mantenida por el Tribunal Supremo al analizar esta norma. A su vez, cuando resolvió sobre la legalidad del Real decreto ley 2/2013 y la Orden IET/221/2013 en la Sentencia de 16 de marzo de 2015 (RJ 2015\988), hizo primero referencia al principio de seguridad jurídica comunitario. Sobre este, citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (asunto C-201/08, Plantanol GmbH & Co. KG), el Supremo explicó que la seguridad jurídica en el ámbito comunitario se había concretado en la claridad, precisión y suficiente publicidad de las normas, pero no impide en ningún caso cambios en la regulación. Mientras, en el ámbito nacional y en el de las renovables continúa con la doctrina ya expuesta y niega que la reforma eléctrica contraríe este principio. De idéntica manera resolvió a la hora de analizar el Real decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Sin embargo, en las resoluciones derivadas de estas normas, la mayoría de las sentencias cuentan con uno o dos votos particulares, en los cuales se considera

19 GONZÁLEZ RÍOS, I., “Las «obligaciones de servicio público» en el sector eléctrico (de la protección del consumidor a la protección del medio ambiente)”, Rivero Ortega, R., y Rastrollo Suárez, J.J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014, pp. 215-216.

20 RODRÍGUEZ BAJÓN, S., “El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites”, *Revista de Administración Pública*, n. 188, 2012, pp. 189-192.

21 BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010, p. 82.

22 ALENZA GARCÍA, J.F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: (A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables)”, *Actualidad jurídica ambiental*, n. 55, 2016, p. 8.

vulnerado el principio de seguridad jurídica por la existencia de retroactividad ilícita, así como por el vacío legal de casi un año entre la entrada en vigor del Real decreto ley 9/2013 y la del Real decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

El principio de confianza legítima presenta una íntima relación con el de seguridad jurídica, hasta el punto de que hay autores que defienden que este es el reflejo del segundo en situaciones individuales<sup>23</sup>. Igual que este, encuentra sus raíces en el derecho alemán, aunque su concepto allí, denominado *Vertrauensschutz*, tiene unos matices ligeramente distintos<sup>24</sup>. Este principio fue acogido en el ordenamiento jurídico español a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, especialmente por un conjunto de sentencias dictadas a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa que contaron con el magistrado D. Benito Santiago Martínez Sanjuán como ponente<sup>25</sup>.

Con respecto a este principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no se desvía demasiado de lo expuesto para el principio de seguridad jurídica. De este modo, sentencias tales como la 1271/2016, de 1 de junio (RJ/2016/3452), vuelven a incidir en la previsibilidad del cambio normativo en el sector, cuestión por la cual defienden que este principio no es vulnerado por la reforma, ya que consideran que no se generó una confianza legítima en los productores de energías renovables acerca de que el marco legislativo no variaría. Muchas de estas sentencias cuentan también con votos particulares, pero solo aprecian la vulneración de este principio en aspectos muy concretos tales como el referido en el apartado anterior del vacío legal existente de casi un año entre la entrada en vigor del Real decreto ley 9/2013 y la del Real decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014.

Mientras, el Tribunal Constitucional, en la ya citada Sentencia 270/2015, también habla de la previsibilidad del cambio normativo. No obstante, aquí el voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhirieron la magistrada D.ª Adela Asúa Batarrita y el magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré, incide en el tema de la confianza legítima. Estos consideran que la sentencia era una gran oportunidad para sentar las bases del principio de confianza legítima y adaptarlo al ordenamiento comunitario. A pesar de ello, en este voto particular también consideran que se respetó este principio.

Por el contrario, la Comisión Europea, en su Comunicación del 5 de noviembre de 2013 *Guidance for the design of renewable support schemes*, afirmó que en el sector eléctrico deben existir compromisos jurídicos a largo plazo. Así, continúa, las reformas energéticas deben ser especialmente cuidadosas para evitar modificar la rentabilidad de las inversiones y traicionar las expectativas legítimas de los inversores<sup>26</sup>.

23 MARTÍN PALLÍN, J.A., “La cascada legislativa que ahoga las energías renovables”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 229.

24 GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J., “Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo”, *Noticias Jurídicas*, 2005, <https://sgalera.files.wordpress.com/2014/10/seguridad-juridica-confianza-legc3ad-tima.pdf> (14 de abril de 2018).

25 LAGUNA DE PAZ, J.C., “El principio de protección de la confianza”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010, p. 1170.

26 ARANA GARCÍA, E., “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, p. 152.

Además de estos dos principios comentados, los productores energéticos también alegaron que estaban ante una reforma de carácter retroactivo, ya que su decisión de inversión y desembolso se había realizado ante una legislación muy distinta. La irretroactividad está positivada en el artículo 9.3 de la Constitución española, donde se garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables o restrictivas de derechos individuales.

Aquí, en lo referente a la reforma eléctrica, la jurisprudencia nacional interpretó que la nueva normativa desplegaría sus efectos en ejercicios futuros y que para ser considerada una retroactividad prohibida debería desplegarlos también en ejercicios pasados<sup>27</sup>. En cambio, hubo varias sentencias que contaron con votos particulares, siendo las normas que presentaron un mayor debate al respecto para el Tribunal Supremo el Real decreto 413/2014 y la Orden IET/1045/2014. Este debate vino a raíz de la introducción del concepto de rentabilidad razonable y de la devolución de cantidades cobradas de más entre la aprobación del Real decreto ley 9/2013 y las normas citadas. En el primero caso, la problemática parte de que esta rentabilidad integra dentro de su definición legal las retribuciones ya percibidas en el pasado para determinar las que se deben recibir en el futuro. Aquí el Tribunal Supremo afirma que no existe retroactividad prohibida, ya que la norma no afecta a derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados al patrimonio de los titulares de las instalaciones, ni a situaciones jurídicas agotadas o consumadas<sup>28</sup>. Mientras, en lo relativo a las cantidades cobradas de más, el alegato de retroactividad se descartó arguyendo que estas eran pagos a cuenta que no constituían un derecho consolidado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 270/2015 consideró que el Real decreto ley 9/2013 no infringe el principio de irretroactividad. Aquí el alegato se basaba en que esta norma debería ser concretada reglamentariamente con carácter posterior y este reglamento tendría efecto desde la publicación del propio Real decreto ley 9/2013. El argumento del Constitucional para confirmar la irretroactividad de la norma fue de nuevo la inexistencia de derechos ya consolidados a los que esta pudiera afectar.

Observando todo esto se puede concluir que la jurisprudencia nacional consideró completamente legítima la reforma eléctrica. Así, siendo un sector que presenta riesgos regulatorios, los operadores privados debían prever que la legislación podría cambiar.

Además, en varias de las sentencias en que el Tribunal Supremo abordó la reforma eléctrica, también hizo referencia al Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, TCE), pero sin profundizar demasiado en él. De este modo, por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo 2131/2016, de 3 de octubre (RJ\2016\4854), afirmó que el TCE no fue vulnerado, ya que, a pesar de que hubo alguna norma que fue contraria a los intereses de los inversores, “las inversiones en esta tecnología siguen estando protegidas y fomentadas en España por un marco normativo sin duda favorable en su globalidad”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional sí que trató más pormenorizadamente el tema en su Sentencia 270/2015. En cambio, aquí no se incide en el fondo del asunto –es decir, la vulneración del TCE–, sino que lo que razona la sentencia es que los tratados internacionales

---

27 Esto se puede observar en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 2012 (RJ/2012/5275), que, aunque estudia el Real decreto 1565/2010, la Orden ITC/3353/2010 y la Circular 3/2011, en la jurisprudencia relativa a la reforma eléctrica se aplicaron los mismos razonamientos repetidamente.

28 Sentencia del Tribunal Supremo 1271/2016.

en vigor para España no forman parte del bloque de constitucionalidad que debe servir para juzgar la compatibilidad de determinados preceptos legales. Esta postura contó con el voto particular del magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adherieron los magistrados D.ª Adela Asúa Batarrita y D. Fernando Valdés Dal-Ré, que se mostró disconforme con ella.

Por todo ello, se puede afirmar que la jurisprudencia nacional apoyó la reforma eléctrica, considerándola enteramente legal, salvo en contados casos. Así, los productores gallegos que reclamaron por la reducción de sus ingresos vieron cómo sus pretensiones fueron mayoritariamente desestimadas en los tribunales.

### 3.2.2 Jurisprudencia internacional

Las reclamaciones realizadas a causa de la reforma eléctrica no solo se efectuaron ante tribunales nacionales, sino que también fueron interpuestas ante órganos internacionales. Ello se realizó al amparo del TCE, la norma internacional básica en el ámbito energético.

Esta norma protege las inversiones extranjeras en actividades económicas en el sector de la energía, definiéndolas en su artículo 1 como las dedicadas a la exploración, extracción, refinación, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias y productos energéticos.

Por su parte, por inversión se entiende cualquier tipo de activo poseído o controlado directa o indirectamente por un inversor. Estos últimos, para disfrutar de la protección del TCE, deben ser nacionales de un Estado parte del TCE y realizar sus inversiones en otro Estado parte. Así, los Estados parte que reciben la inversión se comprometen a<sup>29</sup>:

- Fomentar y crear condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes, concediendo a las inversiones un tratamiento justo y equitativo (art. 10.1 TCE).
- No perjudicar la gestión, mantenimiento, uso, disfrute o liquidación de estas, implantando medidas exorbitantes o discriminatorias (art. 10.1 TCE).
- No conceder un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional (art. 10.1 y 10.3 TCE).
- Garantizar la no expropiación directa o indirecta –o medidas equivalentes– salvo que sea por razones de interés público, no sea discriminatorio y se lleve a cabo mediante el debido procedimiento legal indemnizando al inversor (art. 13 TCE).
- Garantizar la libertad de transferencias de capitales y beneficios relacionados con las inversiones (art. 14).

Por su parte, el artículo 26 TCE explica el tratamiento de las controversias surgidas en relación con el tratado. En él se expone que se tratarán de solucionar amistosamente, aunque si existen posturas irreconciliables el inversor puede elegir, en un plazo de tres meses, entre

29 DE LOS SANTOS LAGO, C.; ARANA, S., e IGLESIAS GALLARDO J.L., "Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero", *Cuadernos de energía*, n. 30, 2011, pp. 5-7.

los tribunales ordinarios o administrativos del país donde efectuó la inversión, un mecanismo establecido con carácter previo o siguiendo los mecanismos que le ofrece el TCE. Estos últimos son:

- Acudir al CIADI si tanto el Estado del que es nacional el inversor como el Estado en el que se realiza la inversión son signatarios del Convenio de Washington de 1965. A este órgano también se puede acudir, con ciertas especificidades, si solo una de las partes es signataria del convenio.
- Solicitar el concurso de un único árbitro internacional o de un tribunal *ad hoc* establecidos en virtud del Reglamento de arbitraje del UNCITRAL.
- Requerir un procedimiento de arbitraje ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo<sup>30</sup>.

De dichos procedimientos, el de mayor relevancia es el de arbitraje ante el CIADI, ya que es este órgano ante el que se interpusieron la gran mayoría de reclamaciones contra el Estado español debido a la reforma eléctrica. Este ya emitió varias resoluciones, resultando positivas para los inversores.

La primera de estas resoluciones fue la del laudo arbitral ARB/13/36, de 26 de abril de 2017, siendo las entidades demandantes las mercantiles Eiser Infrastructure Limited –un fondo de inversiones inglés ligado a ABN Amro– y su filial luxemburguesa Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. Estas empresas basaron su reclamación en una vulneración de los artículos 10 y 13 TCE. Estos, como se indicó, implican la prohibición de denegar un trato justo y equitativo a las inversiones, no favorecer la creación de condiciones estables, equitativas, favorables y transparentes, someterlas a medidas exorbitantes y expropiarlas. Aunque ello implicaría cuatro reclamaciones distintas, por un tema de economía judicial, el tribunal estableció que la cuestión clave era la de la garantía de un trato justo y equitativo y que, resolviendo sobre ella, quedaría solucionada la controversia.

Así pues, en lo relativo a esta reclamación, el tribunal, en primer lugar, aclaró que el TCE no les impedía a los Estados contratantes cambiar su normativa interna, pero sí protegía a los inversores frente a cambios “totales e irrazonables” (párrafos 362 y 363). A mayores, el tribunal indicó que el principio de trato justo y equitativo debe brindar un marco legal que fomente la cooperación a largo plazo, aumentando la estabilidad, elemento este último al que concedió una especial importancia.

Así pues, para el Tribunal arbitral del CIADI la clave del asunto radica en que el cambio legislativo de la reforma eléctrica española era de suficiente entidad como para privar a las demandantes de su inversión –o de parte importante de ella– y suponer una variación normativa radical. En este caso, se consideró que sí lo era, por lo que el Estado español incumplió el artículo 10.1 TCE debido a los cambios normativos introducidos con la reforma eléctrica.

Además, también consideró como retroactivo el cambio normativo –párrafos 400 a 402–, sobre la base de que la nueva retribución tenía en cuenta las retribuciones pasadas que pudieran ser excesivas. A pesar de ello, debido a que las plantas de energía solar de las

---

30 FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado”, *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. VII, n. 2, 2014, pp. 375-376.

demandantes afectadas estuvieron muy poco tiempo operativas antes de la reforma eléctrica, el tribunal no profundizó más en este punto, ya que apenas incidía en el caso analizado.

Es necesario añadir que, con carácter previo a esta resolución, la Cámara de Comercio de Estocolmo había tratado ya el asunto de la reforma eléctrica en España en el laudo 062/2012, dictado en el caso Charanne B.V. y Construction Investments S.A.R.L. contra el Reino de España, de 21 de enero de 2016. Este desestima la demanda e indica que el TCE no fue vulnerado. A pesar de ello, se debe advertir que en la reclamación no se trata el grueso de la reforma, sino que solo se analizaba el Real decreto 1565/2010 y el Real decreto ley 14/2010<sup>31</sup>. Este mismo órgano también se pronunció sobre la reforma en el laudo arbitral 153/2013, dictado en el caso Isolux Infrastructure Netherlands B.V. contra el Reino de España, de 6 de julio de 2016. Aquí nuevamente se desestima la demanda, pero también se vuelve a tratar de un caso atípico debido a que la demandada había realizado su inversión en octubre de 2012, por lo que el Tribunal de la Cámara de Comercio entendió que, “en octubre de 2012, todo inversor podía anticipar no solo una modificación fundamental del contenido del régimen especial, sino también la supresión del régimen, siempre que se respete el principio de rentabilidad razonable de la inversión”.

Por último, también hay que indicar que, con posterioridad al citado laudo arbitral del CIADI ARB/13/36, de 26 de abril de 2017, el Estado español obtuvo otros laudos en que, nuevamente, era condenado a pagar indemnizaciones a inversores. Estos se corresponden con los asuntos del CIADI Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. vs. Reino de España (No. ARB/14/1) e Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. & Antin Energia Termosolar B. V. vs. Reino de España (No. ARB/13/31), y con el asunto del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo Novenergia II - Energy & Environment (SCA) (Gran Ducado de Luxemburgo), SICAR vs. Reino de España (No. 2015/063)<sup>32</sup>.

regap



ESTUDIOS

## 4 La situación actual

Tras la reforma eléctrica, el efecto inicial en Galicia fue la paralización de toda inversión en el sector. Así, desde 2012 hasta 2017 la potencia instalada de energía renovable, siguiendo los informes anuales de Red Eléctrica de España<sup>33</sup>, apenas aumentó en unos pocos megavatios –menos de 100–. Los motivos de esto se encuentran tanto en el contexto regulatorio desfavorable como en la incertidumbre de que esta normativa se vaya a mantener en el tiempo. Además, sobre los inversores gallegos también pesa el doble tratamiento que la misma situación jurídica recibió a nivel nacional e internacional. Estos están siendo en cierto modo discriminados frente a sus competidores internacionales, ya que los inversores gallegos, por ser nacionales españoles, no pueden acudir al TCE, sin que sean sus reclamaciones atendidas. Mientras, los inversores internacionales –o los que invirtieron a través de sus

31 HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., “El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne BV y Construction Investments SARL vs. Reino de España”, *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017, pp. 223-253.

32 BLANCO MOA, J.A., “La distinta aplicación del Derecho interno e internacional ante las reclamaciones del sector de las renovables por la reforma eléctrica”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n. 10, 2018, p. 146.

33 Estos datos se pueden encontrar públicos en el apartado de estadísticas de la página web de dicha institución: <http://www.ree.es/es/> (14 de abril de 2018).

filiales extranjeras— sí pueden acudir a órganos de arbitraje internacional, que muestran una postura más favorable a sus intereses que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, la propia estructura del sector implica que la mayor parte de la inversión se sitúe al inicio de este. Sin embargo, era frecuente que el mecanismo de financiación fuera el de los *Project Finance*. Este método se basa en los flujos de caja futuros que va a obtener la instalación y, tomando estos como referencia, se afronta la amortización de la deuda financiera adquirida teniendo que obtener también cierta rentabilidad para los accionistas y/o inversores<sup>34</sup>. Debido a esta peculiar forma de negocio, muchos de los productores, al ver reducida la parte de sus ingresos correspondientes a la prima estatal, fueron incapaces de hacer frente a su deuda financiera, por lo que o bien vendieron sus instalaciones o bien fueron ejecutadas por las entidades financieras.

Muchas de estas financieras, especialmente en los negocios que realizaron con inversores en energía solar cuando se trataba de particulares y pequeñas y medianas empresas, junto con la financiación también vendieron clips financieros o *swaps*, que consisten en contratos por los cuales ambas partes se comprometen a intercambiar flujos de caja futuros en función de un determinado acontecimiento que, habitualmente en estos supuestos, era la evolución de los tipos de interés. Esto perjudicó aún más a los productores que fueron convencidos para contratar este producto, ya que su funcionamiento habitual era que, si el tipo de interés de referencia bajaba —lo cual efectivamente sucedió y muchas financieras ya lo habían previsto—, el productor le pagaría a la financiera, y viceversa. Ello también dio pie a reclamaciones, aunque estas sí están siendo habitualmente estimadas. Ejemplos de esta situación son tratados, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo 362/2017, de 8 de junio (RJ 2017\3146), y 335/2017, de 25 de mayo (RJ 2017\2335).

En cambio, si nos situamos en un período más reciente, el sector de las renovables en Galicia parece comenzar a salir de su estancamiento fruto de la nueva regulación. Además, desde la Administración, se está volviendo a adoptar un discurso a favor de este tipo de energía, aunque con mucha mayor cautela que en la primera década del siglo XXI. Un ejemplo de ello es la Ley de la Xunta de Galicia 5/2017, de 19 de octubre, de fomento de la implantación de iniciativas empresariales en Galicia. En ella se impulsan por la vía rápida los proyectos adjudicados en las subastas eléctricas y se garantiza la tramitación simplificada para los demás proyectos de renovables presentados antes de 26 de noviembre de 2017.

Esta referencia a las subastas eléctricas es indispensable, ya que es a través de ellas como se está impulsando la instalación de nueva potencia energética renovable. Estas subastas encuentran amparo en el artículo 14.7 de la Ley 24/2013, del sector eléctrico, donde se indica que, excepcionalmente, el Gobierno puede establecer un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos, cuando exista una obligación de cumplimiento de objetivos energéticos europeos o cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior.

De este modo, esta disposición se debe relacionar con que España en 2014 contaba con un 17,3 % de consumo de energía renovable sobre el consumo de energía final, superando

---

34 COLMENAR-SANTOS, A., CAMPÍÑEZ-ROMERO, S., PÉREZ-MOLINA, C., y MUR-PÉREZ, F., "Repowering: An actual possibility for wind energy in Spain in a new scenario without feed-in-tariffs", *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 41, 2015, pp. 320-321.

en 5,2 puntos el objetivo europeo previsto para ese año (12,1 %) –datos recogidos en la exposición de motivos del Real decreto 650/2017, de 16 de junio, por el que se establece una cuota de 3.000 MW de potencia instalada, de nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables en el sistema eléctrico peninsular, a lo que se le podrá otorgar el régimen retributivo específico–. En cambio, en 2017, ante el crecimiento del consumo de electricidad y el estancamiento de la energía renovable, el objetivo europeo fijado en el 20 % de energía renovable sobre el consumo de energía final en 2020 parecía difícil de alcanzar. Por eso se comenzaron a realizar las subastas eléctricas.

En este contexto, se aprobaron los reales decretos 359/2017, de 31 de marzo, y el citado 650/2017 –y su normativa de desarrollo–, por los que se establecieron sus respectivas convocatorias para el otorgamiento del régimen retributivo específico a nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables.

En estas subastas, las empresas participantes tienen que depositar un aval para garantizar que, si consiguen convertirse en adjudicatarias, efectivamente instalarán la potencia comprometida, ya que en caso contrario perderían este aval. Además, aquí las ayudas que se están planificando lo son a la potencia instalada, en lugar de a la energía generada. Mientras, la subasta, simplificando lo dispuesto en la regulación, se realiza de manera marginalista. Ello implica que las ofertas de los productores indican a qué porcentaje de ayuda están dispuestos a renunciar para instalar los megavatios ofertados, ordenándose estas ayudas de más barata a más cara.

De las subastas realizadas en 2017 la incidencia en Galicia es clara, ya que diversas empresas productoras gallegas consiguieron adjudicarse una parte de la potencia ofertada. Entre estas se pueden citar, siguiendo la información publicada por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital<sup>35</sup>, Fergo Galicia Vento, S.L., Greenalia Power, S.L., o Inverólica De Abella, S.L. Esta última empresa, si se visita su página web<sup>36</sup>, indica que en la actualidad está construyendo un parque eólico en Lugo.

Las demás empresas citadas pueden instalar la potencia adjudicada en Galicia o no, pero su domicilio social radica aquí. Por eso, directamente –con la instalación– o indirectamente –con el pago de impuestos– su actividad tiene incidencia en Galicia.

## 5 Consideraciones finales

De todo lo expuesto, se extrae que el sector de las renovables en Galicia se ha visto especialmente afectado por la reforma eléctrica. Comparativamente, los productores gallegos sufrieron una pérdida de ingresos mayor que la mayoría de sus competidores del resto del Estado español. A ello hay que añadir que sus reclamaciones no fueron atendidas en los tribunales nacionales.

En cambio, las reclamaciones realizadas ante órganos internacionales como el CIADI están comenzando a resolverse a favor de los productores energéticos. A pesar de esto, la Carta de

35 Este, en lo referente a las subastas eléctricas de energía renovable, emite notas de prensa como la siguiente: <http://www.minetad.gob.es/es-es/gabineteprensa/notasprensa/2017/documents/170727%20listado%20adjudicatarios%20subasta%20renovables.pdf> (14 de abril de 2018).

36 <http://www.invertaresa.com/GRUPO/inverolica/espanol/empresa/empresa.htm> (14 de abril de 2018).

la Energía solo ampara para acudir a dichos tribunales a los inversores extranjeros, creando así un doble derecho aplicable en esta controversia. Sin embargo, los productores gallegos no se pueden beneficiar de esta jurisprudencia, sino que se les aplica la del Tribunal Supremo español, que es contraria a sus intereses.

Todo esto mantuvo parado cualquier tipo de inversión en el sector de las energías renovables en Galicia. En cambio, recientemente, ante los objetivos energéticos de 2020 acordados por la Unión Europea en cuanto a renovables y a los avances tecnológicos del sector –que lo hacen más rentable–, en el año 2017 comenzó a reactivarse nuevamente el sector. El mecanismo utilizado para ello están siendo las subastas eléctricas, en las cuales los productores reciben una ayuda por potencia instalada, pero si no llegan a realizar finalmente la inversión perderían un aval previo que deben depositar. Además, estas subastas se pueden calificar como marginales, ya que en las ofertas que hacen los distintos actores lo que se indica es la cantidad de remuneración especial de la Administración a la que se está dispuesto a renunciar para instalar la potencia ofertada.

A través de estos mecanismos ya se está planificando la construcción de nuevas plantas de producción de energías renovables en Galicia, especialmente de eólica, que es la principal fuente renovable utilizada en nuestro país. En cambio, esto también introduce nuevos retos, ya que se están realizando las primeras críticas a estas subastas, acusándolas de discriminatorias por parte de los operadores del sector fotovoltaico, que arguyen que estas benefician al sector eólico y a las grandes empresas<sup>37</sup>. La evolución de este mecanismo marcará, sin duda, una parte importante del futuro del sector y de los retos y problemas que deberá afrontar.

## Bibliografía

- ALENZA GARCÍA, J. F., “Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: La mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima: (A propósito de la STC 270/2015 sobre el nuevo sistema retributivo de las energías renovables)”, *Actualidad jurídica ambiental*, n. 55, 2016.
- ARANA GARCÍA, E., “La nueva ley del sector eléctrico: Entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables”, Alenza García, J. F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., y PÉREZ DE AYALA BECERRIL, L., “Reflexiones sobre los cambios normativos y sus efectos en los particulares. Los problemas que plantea la responsabilidad del estado legislador. La necesaria prospección de los poderes públicos”, *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- BERMEJO VERA, J., “El principio de seguridad jurídica”, Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010.
- BLANCO MOA, J. A., “A reforma eléctrica en España: Efectos sobre el sector eólico”, *Repositorio Institucional da UDC*, 2015.

---

37 Esto se puede contrastar a través de la prensa. Por ejemplo: <https://www.elboletin.com/noticia/149099/economia/compleja-y-discriminatoria:-la-macrosubasta-de-renovables-se-celebra-entre-las-quejas-del-sector.html> (14 de abril de 2018).

- COLMENAR-SANTOS, A.; CAMPÍÑEZ-ROMERO, S.; PÉREZ-MOLINA, C., y MUR-PÉREZ, F., "Repowering: An actual possibility for wind energy in Spain in a new scenario without feed-in-tariffs", *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, vol. 41, 2015.
- DEL RÍO GONZÁLEZ, P., "The years of renewable electricity policies in Spain: An analysis of successive feed-in tariff reforms", *Energy Policy*, n. 36, 2008.
- DE LOS SANTOS LAGO, C.; ARANA, S., e IGLESIAS GALLARDO J. L., "Arbitraje internacional bajo el Tratado sobre la Carta de la Energía: la vía del inversor extranjero", *Cuadernos de Energía*, n. 30, 2011.
- FABRA UTRAY, J., "El déficit tarifario en el sector eléctrico español", *Temas para el debate*, n. 210, 2012.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Los contenciosos arbitrales contra España al amparo del Tratado sobre la Carta de la Energía y la necesaria defensa del Estado", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. VII, n. 2, 2014.
- GALÁN VIOQUE, R., "El ocaso de las energías renovables en España", Sandulli, M.A., e Vandelli, L. (dir. congr.), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione: atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo: Roma 27 febbraio-1 marzo 2014*, 2016.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R., "La sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico", Rivero Ortega, R., y Rastrollo Suárez, J.J. (coords.), *Actas del XI Coloquio Hispano-Portugués de Derecho Administrativo*, Salamanca, 2014.
- GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.J., "Una aproximación a los principios de seguridad jurídica, buena fe y protección de la confianza legítima en derecho administrativo", *Noticias Jurídicas*, 2005. <https://sgalera.files.wordpress.com/2014/10/seguridad-juridica-confianza-leg-c3adtima.pdf> (14 de abril de 2018).
- HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.R., "El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso Charanne BV y Construction Investments SARL vs. Reino de España", *Revista de Administración Pública*, n. 202, 2017.
- LAGUNA DE PAZ, J.C., "El principio de protección de la confianza", Santamaría Pastor, J.A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Wolters Kluwer-La Ley, Madrid, 2010.
- MARTÍN PALLÍN, J.A., "La cascada legislativa que ahoga las energías renovables", *Riesgo regulatorio en las energías renovables*, Aranzadi, Navarra, 2015.
- MIGNORANCE MARTÍN, C., "Energías renovables y riesgo regulatorio: los principios de seguridad jurídica, irretroactividad y protección de la confianza legítima en el ámbito de la producción de energía eléctrica desde fuentes proambientales", *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 87, 2013.
- MONTES, E., "El déficit tarifario", *Economistas*, vol. 30, n. 131, 2012.

RODRÍGUEZ BAJÓN, S., "El concepto de riesgo regulatorio. Su origen jurisprudencial. Contenido, efectos y límites", *Revista de administración pública*, n. 188, 2012.

RUIZ OLMO, I., e DELGADO PIRQUERAS, F., "La nueva regulación legal de las energías renovables: Del régimen especial al régimen específico", Alenza García, J.F. (dir.), *La regulación de las energías renovables ante el cambio climático*, Thomson-Reuters Aranzadi, Navarra, 2014.

SÁENZ DE MIERA, G.; DEL RÍO GONZÁLEZ, P., y VIZCAÍNO, I., "Analysing the impact of renewable electricity support schemes on power prices: The case of wind electricity in Spain", *Energy Policy*, n. 36, 2008.

SALLÉ ALONSO, C., "El déficit de tarifa y la importancia de la ortodoxia en la regulación del sector eléctrico", *Papeles de economía española*, n. 134, 2012.

SEVILLA JIMÉNEZ, M.; GOLF LAVILLE, E., y DRIHA, O. M., "Las energías renovables en España", *Estudios De Economía Aplicada*, Vol. 31-1, 2013.

A protección do patrimonio cultural desde o dereito urbanístico

## La protección del patrimonio cultural desde el derecho urbanístico

The protection of the cultural heritage from the planning law

56 Regap

JULIÁN ALONSO GARCÍA

Funcionario del Cuerpo Superior de la Administración - Xunta de Galicia  
Doctor en Derecho  
julian.alonso.garcia@xunta.gal

Recibido: 25/02/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** Este traballo analiza en que medida o dereito urbanístico constitúe un marco xurídico suficiente para dotar os inmobles histórico-artísticos da debida protección, á marxe do réxime específico da lexislación de patrimonio cultural. Neste sentido, a propia lexislación urbanística outórgalles aos concellos substanciais competencias para a defensa dos inmobles con valor cultural situados no termo municipal. A diferenza da normativa de patrimonio, que contempla o seu obxecto de protección polo seu recoñecido valor propio susceptible de ser transmisor de coñecementos da historia da humanidade, a urbanística considérao un elemento máis –xunto co agrario, forestal, natural, etc.– que lle dá coherencia ao medio en que se atopa.

**Palabras clave:** Urbanismo, patrimonio cultural, protección, intervención, planeamento, solo.

**Resumen:** Este trabajo analiza en qué medida el derecho urbanístico constituye un marco jurídico suficiente para dotar a los inmuebles histórico-artísticos de la debida protección, al margen del régimen específico de la legislación de patrimonio cultural. En este sentido, la propia legislación urbanística otorga a los ayuntamientos sustanciales competencias para la defensa de los inmuebles con valor cultural ubicados en el término municipal. A diferencia de la normativa de patrimonio, que contempla su objeto de protección por su reconocido valor propio susceptible de ser transmisor de conocimientos de la historia de la humanidad, la urbanística lo considera un elemento más –junto con el agrario, forestal, natural, etc.– que da coherencia al medio en el que se encuentra.

**Palabras clave:** Urbanismo, patrimonio cultural, protección, intervención, planeamiento, suelo.

**Abstract:** This paper analyzes that measure the planning law constitutes one enough legal framework to provide the historical-artistic real estate, aside from the specific arrangements of the law of cultural heritage. In this sense, the urban planning legislation gives councils substantial powers for the protection of cultural value located in the municipality. Unlike with the rules of national heritage which includes of its aim of protection by its recognized value likely to be transmitter of knowledge of the history of mankind, the urban development considers it one more element –along with the agricultural, forest, natural, etc.– that gives coherence to the environment in which they are.

**Key words:** Urban planning, cultural heritage, protection, intervention, planning, urban land.

**Sumario:** 1 El patrimonio cultural como objeto de protección. 1.1 La protección jurídica del patrimonio cultural desde una doble perspectiva. 1.2 El patrimonio cultural en la legislación urbanística. 1.2.1 Ámbito material de protección. 1.2.2 Clases de suelo afectado por el patrimonio cultural. 2 Técnicas urbanísticas de intervención administrativa para la protección del patrimonio cultural. 2.1 La licencia urbanística. 2.2 La comunicación previa. 2.3 La orden de ejecución. 3 La protección del patrimonio cultural en el marco de los instrumentos de planeamiento. 3.1 El plan urbanístico como instrumento de ordenación del patrimonio cultural. 3.2 Los planes generales y la protección del patrimonio cultural a partir de la clasificación del suelo. 3.3 La función tuitiva de los planes especiales de protección del patrimonio cultural. 3.4 Los catálogos urbanísticos como instrumento complementario de los planes de ordenación. 4 La protección del patrimonio cultural al margen del planeamiento.

# 1 El patrimonio cultural como objeto de protección

## 1.1 La protección jurídica del patrimonio cultural desde una doble perspectiva

El bien jurídico que se pretende preservar con la aplicación de la normativa de protección del patrimonio cultural y la urbanística, por parte de las respectivas administraciones competentes, difiere sustancialmente del mismo modo en que varía la perspectiva desde la que se observa el bien físico. Esa diferenciación, no siempre nítida, se puede apreciar tanto si identificamos el objeto con la finalidad de cada una de las normas como si lo asimilamos al respectivo ámbito material de estas.

En la esfera urbanística, la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del suelo de Galicia (LSG), concreta en el artículo 1.1 esa doble vertiente, cuando dispone que su objeto consiste en la protección y ordenación urbanística de Galicia, mostrándonos de esta manera su finalidad principal (la protección y ordenación urbanística) y su ámbito espacial de aplicación (el territorio gallego). Pero, sin ser su objeto principal de regulación, la protección del patrimonio no es una aspiración ajena al ordenamiento urbanístico, sino que es uno más de los aspectos que deben ser debidamente regulados dentro de un marco más amplio<sup>1</sup>. En cualquier caso, las limitaciones de este orden normativo para garantizar la salvaguarda de los bienes culturales inmuebles se suplen con la acción especializada de la Administración sectorial de patrimonio, que operará en el ámbito de sus competencias; y a la inversa, desde el ámbito urbanístico puede conseguirse una protección integrada en una realidad más amplia que está fuera del alcance de aquella Administración especializada. Es simplemente una cuestión de enfoque, de dos visiones distintas de la realidad.

El artículo 1.1 de la Ley 5/2016, de 4 mayo, del patrimonio cultural de Galicia (LPCG), nos describe su finalidad, al señalar que tiene por objeto “la protección, conservación,

1 El artículo 3 del actual texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana –aprobado por el Real decreto legislativo 7/2015, de 30 octubre– refleja esa integración de fines específicos de la política urbanística, dentro de una aspiración más amplia de satisfacción de necesidades generales, de la siguiente forma:

“1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las leyes.

2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:

a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje”.

Por su parte, el artículo 5.d) de la LSG contempla como uno de los fines de la actividad urbanística, en aplicación de los principios constitucionales de la política económica y social, el de “Preservar el medio físico, los valores tradicionales, las señas de identidad y la memoria histórica de Galicia”.

acrecentamiento, difusión y fomento del patrimonio cultural de Galicia de forma que sirva a la ciudadanía como una herramienta de cohesión social, desarrollo sostenible y fundamento de la identidad cultural del pueblo gallego, así como su investigación, valorización y transmisión a las generaciones futuras". Pero para averiguar cuál es el bien jurídico perseguido por la norma cultural debemos conocer el objeto material protegido, que estará compuesto por el conjunto de bienes cuyo interés histórico-artístico sea digno de ser preservado. Así lo indica el artículo 1.2 de la LPCG, que considera integrantes del patrimonio cultural de Galicia los bienes que, por su valor artístico, histórico, arquitectónico, arqueológico, etc., hayan de ser considerados como de interés relevante para la permanencia, reconocimiento e identidad de la cultura gallega a través del tiempo. Bajo la perspectiva sectorial que está presente en el ordenamiento protector del patrimonio, el interés general se identifica, para PAREJO ALFONSO, con el objetivo de su conservación y mejora, mientras que desde la óptica urbanística, sin desconocer el valor propio de ese mismo interés, lo contempla en unión de otros dentro de un todo más complejo<sup>2</sup>. En esta visión global de la ciudad subordinada a la satisfacción de las necesidades económicas y sociales, la protección de su patrimonio desempeña un importante papel. Profundizando en esta idea, SANZ-PASTOR PALOMEQUE confronta esa acción protectora con la realidad del propio crecimiento y configuración de la ciudad, de forma que la mejora del medio urbano debe prestar especial atención a determinados inmuebles o conjuntos que reflejan su historia, su arte y, en definitiva, su identidad<sup>3</sup>.

El objeto material de protección que percibe la normativa urbanística no se identifica plenamente con el contemplado por la ley sectorial cultural. La línea divisoria que marca esta, a juicio de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, es la que acoge dentro de su ámbito a los bienes formalmente declarados y deja al margen aquellos otros que, aun siendo parte del patrimonio histórico, serían susceptibles de ser protegidos y conservados en el ámbito urbanístico por carecer de ese reconocimiento oficial<sup>4</sup>. De esa misma opinión participa ALONSO IBÁÑEZ cuando afirma que el parámetro que desde la legislación cultural y la urbanística traza los confines entre las zonas ambientales en las que la presencia de valores culturales impone una acción de tutela y conservación lo proporciona la declaración formal como bien de interés cultural (BIC) o cualquiera de las previstas en la legislación autonómica<sup>5</sup>. No obstante, nuestra LPCG también incluye dentro de su ámbito de aplicación al patrimonio cultural no declarado formalmente, imponiendo limitaciones en relación con los planes, programas y proyectos que por su incidencia sobre el territorio puedan suponer una afección al patrimonio cultural de Galicia<sup>6</sup>.

2 PAREJO ALFONSO, L., "Urbanismo y Patrimonio Histórico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 2, 1998, p. 55.

3 SANZ-PASTOR PALOMEQUE, C.J., "Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 88, 1984, p. 19.

4 En ese sentido, señala este autor que, conforme al artículo 46 de la CE, "el urbanismo recibe el encargo de proteger el patrimonio cultural de las ciudades no agraciado por la legislación de patrimonio histórico y se ve envuelto en la realización de un programa de tipo cultural, como puede fácilmente advertirse, desde el momento en que la legislación de patrimonio histórico restringe su ámbito de aplicación a favor de ciertos bienes culturales" (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 29).

5 ALONSO IBÁÑEZ, M.R., "La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 1, 1997, p. 119.

6 En este sentido, el artículo 34.1 de la LPCG contiene el siguiente régimen de tutela aplicable a los bienes culturales desprovistos de reconocimiento oficial:  
"Todos los planes, programas y proyectos relativos a ámbitos como el paisaje, el desarrollo rural o las infraestructuras o cualquier otro que pueda suponer una afección al patrimonio cultural de Galicia por su incidencia sobre el territorio deberán ser sometidos al informe de la consejería competente en materia de patrimonio cultural, que establecerá las medidas protectoras, correctoras y compensatorias que considere necesarias para la salvaguarda del patrimonio cultural afectado, sin perjuicio de sus competencias para la posterior autorización de las intervenciones que pudieren derivarse de los documentos en trámite".

En cualquier caso, no es infrecuente, sino todo lo contrario, la coincidencia en el objeto material de protección en los dos órdenes normativos<sup>7</sup>. La legislación gallega incluso llega más lejos en esa identificación cuando declara incluidos en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, previsto en la LPCG, los bienes recogidos en los catálogos de las diversas figuras de planeamiento urbanístico.

Pero donde realmente se percibe la diferente visión del hecho cultural en los dos ordenamientos, por lo menos en el ámbito gallego, no es tanto en la dicotomía entre el bien cultural declarado y el no declarado, sino entre el portador de valores históricos, artísticos y arquitectónicos singularizados y el que tiene un interés histórico-tradicional que ha de ser entendido dentro de un contexto más amplio. Esta idea supone que, mientras la legislación de patrimonio contempla su objeto de protección por su reconocido valor propio susceptible de ser transmisor de conocimientos acerca de la historia de la humanidad, la urbanística considera el valor cultural como un elemento más junto con el agrario, forestal, natural, etc., –que da coherencia al medio en el que se encuentra el bien<sup>8</sup>–.

Ello explica el empeño de la LSG por establecer un régimen del suelo de núcleo rural y de suelo rústico en el que la integración de las edificaciones y construcciones tradicionales constituye una de sus señas de identidad.

## 1.2 El patrimonio cultural en la legislación urbanística

### 1.2.1 Ámbito material de protección

El derecho urbanístico contempla dentro de su ámbito de aplicación elementos histórico-artísticos de naturaleza inmueble muy variados. En ocasiones se refiere a ellos aludiendo a las diversas categorías previstas en la LPCG para diferenciar el nivel de protección de tales bienes. Así, el artículo 142.2.b) de la LSG dispone que estarán sujetos a licencia municipal, sin perjuicio de las autorizaciones que sean procedentes según la legislación sectorial, las intervenciones en inmuebles declarados BIC o catalogados por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos o paisajísticos. Otras veces la norma urbanística evita recurrir a las figuras previstas en la legislación sectorial para definir el objeto de regulación. El artículo 81 de la LSG, que se refiere a los catálogos urbanísticos, es un ejemplo de esto, cuando dispone que tales instrumentos tienen por objeto “identificar los elementos que, por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos, etnográficos o paisajísticos, se estime conveniente conservar, mejorar o recuperar”.

La LSG incluye así como objeto de protección elementos diversos dotados de valores históricos, artísticos, arquitectónicos, etc., apreciados discrecionalmente por los órganos urbanísticos. Los inmuebles contenidos en los catálogos constituirían un elenco de bienes con un valor

---

7 Así lo confirma la jurisprudencia del TSJ de Cataluña en su Sentencia de 7 de abril de 2006 (RJCA 2007, 254), que dice: “Aunque el bien jurídico protegido en la legislación urbanística, por un lado, y en la reguladora del patrimonio cultural público, por el otro, sea distinto, sin embargo, ambas normativas pueden recaer y tener por objeto elementos –en este caso, inmuebles– coincidentes”.

8 En esa línea, ALONSO IBÁÑEZ destaca que la ordenación territorial no debe limitarse a alcanzar sus objetivos mediante la introducción de medidas de conservación de “construcciones de interés”, sino que debe comprender varias políticas coordinadas, entre las cuales la política sectorial de tutela de los espacios culturales ha de situarse al mismo nivel que las de conservación de la naturaleza, de equipamientos y servicios y de infraestructuras (ALONSO IBÁÑEZ, M.R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 21).

cultural heterogéneo que no tiene por qué coincidir con el considerado merecedor de ser preservado en la LPCG<sup>9</sup>; de hecho, en la norma urbanística se alude a valores más modestos que los previstos en aquella, tales como los valores paisajísticos –como en el precepto antes citado– o tradicionales<sup>10</sup>.

La LSG también presta especial atención a los elementos que son expresión del patrimonio etnográfico<sup>11</sup>; pero la concepción que tiene la norma urbanística de patrimonio etnográfico es más laxa que la de la LPCG<sup>12</sup>, ya que le basta con que los inmuebles afectados sean expresión de la arquitectura popular o simplemente sean elementos tradicionales dotados de cierta singularidad.

En cualquier caso, la ley urbanística no solo presta su atención a los inmuebles histórico-artísticos singularmente considerados, sino también a las agrupaciones de edificaciones y construcciones que forman los conjuntos, centros, cascos y recintos, de interés histórico, arquitectónico, artístico. Como advierte PAREJO ALFONSO, en estas agrupaciones de bienes inmuebles se diferencian dos especies: aquella en la que el núcleo, la ciudad, se confunde con el conjunto histórico, y aquella otra que, aun conservando su identidad propia, desborda ese núcleo para configurar un asentamiento más amplio. Esta última variedad coincide con el concepto más urbanístico del centro histórico de la ciudad<sup>13</sup>. Estas dos concepciones de los recintos históricos pueden o no coincidir; así y todo, el ámbito material y espacial que abarca la ordenación urbanística tiende a rebasar con creces el más restringido de la norma sectorial de protección del patrimonio.

### 1.2.2 Clases de suelo afectado por el patrimonio cultural

La determinación del tipo de suelo en el que pretenda actuar un promotor delimitará las facultades urbanísticas que le corresponden y el contenido de las potestades administrativas de control; y ello es de aplicación cuando el objeto de actuación es un inmueble histórico-artístico.

Las situaciones básicas en las que se encuentra todo el suelo aparecen especificadas en el texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana de 2015, que distingue en su artículo 21.1 el suelo rural del urbanizado. Partiendo de esa diferenciación básica, la LSG

- 
- 9 Difieran o no los valores preservados por la norma urbanística y por la reguladora del patrimonio, existe una coincidencia sobre el bien material protegido, ya que el artículo 30.1 de la LPCG incluye de forma automática en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia los bienes inmuebles que, por su interés cultural, se recojan individualmente en los instrumentos de planeamiento urbanístico.
- 10 Son una muestra de esta preocupación los artículos 40 y 91 de la LSG, que establecen, respectivamente, las condiciones de uso de las edificaciones existentes de carácter tradicional y la obligación de adaptación de las construcciones e instalaciones al ambiente en que estuviesen emplazados otros edificios o conjuntos urbanos tradicionales.
- 11 Además del citado artículo 81, regulador de los catálogos urbanísticos, contempla el valor etnográfico como digno de ser protegido el artículo 26.1.g), que de forma indirecta prohíbe las obras de derribo y demolición de las construcciones con especial valor etnográfico. Por su parte, el artículo 137 del Reglamento de la Ley del suelo de Galicia (RLSG) –aprobado por el Decreto 143/2016, de 22 de septiembre– considera la protección de este valor como objetivo del estudio del medio rural que ha de contener un plan general de ordenación municipal (PGOM).
- 12 Siendo precisos en la terminología, debemos destacar que la LPCG no concibe el patrimonio etnográfico sino el etnológico como parte de su objeto.
- 13 PAREJO ALFONSO, L., “La legislación urbanística y la legislación sobre Patrimonio Histórico, instrumentos para la protección de los centros históricos de las ciudades”, *Actas de las jornadas de estudio Recuperación de centros históricos*, Instituto de Estudios Almerienses, Diputación de Almería, Almería, 1993, p. 20.

clasifica el territorio municipal, por medio de los planes generales de ordenación municipal, en los siguientes tipos de suelo: urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico.

En cualquier caso, la naturaleza física de los inmuebles que integran el patrimonio cultural va a determinar la tipología del suelo en el que están ubicados; y a la inversa, la clasificación del suelo –que se asienta en una realidad física anterior en muchos casos a su realidad jurídica– condiciona el encaje de los bienes culturales en una categoría u otra. Pese a que la LSG delega en el plan general la clasificación del suelo, hay que abandonar la idea de que la Administración puede clasificar como suelo urbano un terreno que no reúne las condiciones físicas necesarias para considerarlo de esta manera<sup>14</sup>. Esta regla es aplicable a las dos categorías en las que, según el artículo 17 de la ley, se diferencia el suelo urbano, a saber, el consolidado y el no consolidado. Pues bien, la existencia de un conjunto histórico en un determinado espacio, a efectos de planificación urbanística, solo permitirá, como afirma MORA BONGERA, considerar urbano el suelo que comprende, aunque es posible que la zona se vea afectada por otro tipo de suelo<sup>15</sup>. Este tipo de elementos histórico-artísticos, delimitados al amparo de la LPCG o conforme con los criterios de la norma urbanística –que, como hemos destacado, no tienen por qué ser los mismos–, encuentran perfecto acomodo en un suelo definido como urbano<sup>16</sup>.

AMOEDO SOUTO no hace una afirmación tan tajante, ya que admite la posibilidad de que los conjuntos históricos también puedan estar situados en suelo de núcleo rural, urbanizable y rústico. No obstante –prosigue con su argumentación–, la categoría clasificatoria más frecuente de los conjuntos históricos –así como la de los elementos singulares declarados BIC– es la de suelo urbano no consolidado<sup>17</sup>. Desde esta perspectiva, se concibe la clasificación del suelo como un mecanismo para luchar contra la decadencia de los cascos históricos con un enfoque renovador, que incorpore actuaciones sistemáticas revitalizadoras de estos espacios culturales y no meramente conservacionistas o *musealizadoras*. De todas formas, el suelo urbano afectado por un conjunto histórico puede ser consolidado o no consolidado en

---

14 Así lo entiende FERNÁNDEZ CARBALLAL, que mantiene que esa realidad física –sustraída de la esfera voluntarista de la Administración– determina la clasificación de un terreno como urbano, de suerte que, si este reúne los elementos objetivos fácticos que prevé la ley para ser considerado como urbano, debe considerarse como tal aunque el plan lo considere de otra forma (*Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 105).

15 MORA BONGERA, F., “La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento”, *Revista de Derecho Urbanístico*, enero-febrero, 1990, p. 56.

16 El artículo 16 de la LSG clasifica de esta manera el suelo urbano:  
“1. Los planes generales y los planes básicos clasificarán como suelo urbano los terrenos que estén integrados en la malla urbana existente, siempre que reúnan alguno de los siguientes requisitos:  
a) Que cuenten con acceso rodado público y con los servicios de abastecimiento de agua, evacuación de aguas residuales y suministro de energía eléctrica, proporcionados mediante las correspondientes redes públicas o pertenecientes a las comunidades de usuarios reguladas por la legislación sectorial de aguas, y con características adecuadas para servir a la edificación existente y a la permitida por el plan. A estos efectos, los servicios construidos para la conexión de un sector de suelo urbanizable, las carreteras y las vías de la concentración parcelaria no servirán de soporte para la clasificación como urbanos de los terrenos adyacentes, salvo cuando estén integrados en la malla urbana.  
b) Que, aun careciendo de algunos de los servicios citados en el apartado anterior, estén comprendidos en áreas ocupadas por la edificación, al menos en las dos terceras partes de los espacios aptos para ella, según la ordenación que el plan general o el plan básico establezcan.  
2. A los efectos de la presente ley, se consideran incluidos en la malla urbana los terrenos que dispongan de una urbanización básica constituida por unas vías de acceso y comunicación y unas redes de servicios de las que puedan servirse los terrenos y que estos, por su situación, no estén desligados del entramado urbanístico ya existente”.

17 AMOEDO SOUTO, C.A., “Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, p. 94.

la medida en que admita únicamente operaciones de escasa entidad o de carácter integral para su renovación o reforma<sup>18</sup>.

Esa dicotomía entre consolidado y no consolidado es trasladable, a juicio de FERNÁNDEZ CARBALLAL, al suelo de núcleo rural<sup>19</sup>, aunque tal diferenciación no encuentra en la LSG un reconocimiento expreso como el estipulado para el suelo urbano. En cualquier caso, ciertos elementos con valor cultural reconocido en la norma urbanística, dotados de interés histórico, tradicional, etnográfico, etc., no se entenderían sin su vinculación a un asentamiento rural, para el que la ley concibe la categoría jurídica de suelo de núcleo rural<sup>20</sup>, y específicamente la del tipo básico *núcleo rural tradicional*<sup>21</sup>. Finalmente, puede también ser clasificado como rústico el suelo sobre el que se asientan destacados elementos considerados como manifestaciones del patrimonio cultural inmueble. La presencia de valores culturales en este tipo de suelo justifica la aplicación de un régimen proteccionista que los defienda de usos que puedan menoscabarlos. Así lo entiende el legislador estatal al establecer en el artículo 13.1 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana que, con carácter general, en el suelo rural “La utilización de los terrenos con valores ambientales, culturales, históricos, arqueológicos, científicos y paisajísticos que sean objeto de protección por la legislación aplicable quedará siempre sometida a la preservación de dichos valores, y comprenderá únicamente los actos de alteración del estado natural de los terrenos que aquella legislación expresamente autorice”.

La protección del patrimonio ubicado en un espacio que reúne las condiciones físicas y ambientales para ser clasificado como suelo rústico se acentúa al considerar los terrenos afectados, conforme al apartado a) del artículo 31.1 de la LSG, susceptibles de ser “sometidos a algún régimen de especial protección, de conformidad con la legislación sectorial de protección del dominio público marítimo-terrestre, hidráulico o de infraestructuras, o con la legislación sectorial de protección de los valores agrícolas, ganaderos, forestales, paisajísticos, ambientales, naturales o culturales”. Además, el artículo 34 establece que el planeamiento clasificará como suelo rústico de especial protección patrimonial los terrenos protegidos por la legislación de patrimonio cultural. La clasificación del terreno afectado por construcciones o edificaciones histórico-artísticas como suelo rústico determina no pocas limitaciones a los promotores de actuaciones sobre aquellas, que han de confrontarse con las correspondientes potestades administrativas de intervención, y en concreto de la Consellería de Cultura

18 Conforme al artículo 17 de la LSG, el suelo urbano consolidado es el “integrado por los terrenos que reúnan la condición de solar o que, por su grado de urbanización efectiva y asumida por el planeamiento urbanístico, puedan adquirir dicha condición mediante obras accesorias y de escasa entidad que puedan ejecutarse de forma simultánea con las de edificación”. Por su parte, el no consolidado es el integrado por la restante superficie de suelo urbano y, en todo caso, por los terrenos en los que sean necesarios procesos de urbanización, en los que sean necesarios procesos de reforma interior o renovación urbana, o en los que se desarrollen actuaciones de dotación.

19 FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 107.

20 Constituyen esta clase de suelo, según el artículo 23.1 de la LSG, “las áreas del territorio que sirven de soporte a un asentamiento de población singularizado, identificable y diferenciado administrativamente en los censos y padrones oficiales que el planeamiento defina y delimite teniendo en cuenta el número de edificaciones, la densidad de viviendas, su grado de consolidación por la edificación y, en su caso, la tipología tradicional de su armazón y de las edificaciones existentes en el mismo”.

21 Además del núcleo rural común, el artículo 23.3.a) de la LSG diferencia el núcleo rural tradicional “en función de sus características morfológicas, de la tipología tradicional de las edificaciones, de la vinculación con la explotación racional de los recursos naturales o de circunstancias de otra índole que manifiesten la vinculación tradicional del núcleo con el medio físico en el que se ubica”. Añade esta disposición que se delimitará este núcleo “en atención a la cercanía de las edificaciones, los lazos de relación y coherencia entre lugares de un mismo asentamiento con topónimo diferenciado y la morfología y tipologías propias de dichos asentamientos y del área geográfica en la que se encuentran (caserío, lugar, aldea, barrio u otro), de modo que el ámbito delimitado presente una consolidación por la edificación de, al menos, el 50 %, de acuerdo con la ordenación propuesta y trazando una línea perimetral que encierre las edificaciones tradicionales del asentamiento siguiendo el parcelario y las huellas físicas existentes (caminos, ríos, riachuelos, ribazos y otros)”.

cuando el suelo sea de especial protección patrimonial<sup>22</sup>. Para que sea aplicable este régimen más restrictivo a los BIC –sobre todo a los yacimientos arqueológicos– que se encuentren en suelo rústico, es imperativo que este tenga tal categorización especial. Pero no solo el suelo afectado por este tipo de elementos de superior valor cultural será clasificado así; también podrán hacer lo propio los ayuntamientos en los espacios en los cuales se ubiquen inmuebles de interés histórico-artístico local digno de protección<sup>23</sup>.

## 2 Técnicas urbanísticas de intervención administrativa para la protección del patrimonio cultural

### 2.1 La licencia urbanística

La licencia urbanística es, como sabemos, una autorización otorgada por la Administración municipal, necesaria para poder ejecutar determinados actos de edificación y uso del suelo, cuyo fin esencial es comprobar su adecuación a lo establecido en la normativa urbanística<sup>24</sup>. Actualmente, con las modificaciones operadas en nuestro ordenamiento jurídico como consecuencia de la transposición de la Directiva de servicios de la Unión Europea de 2006<sup>25</sup>, la licencia municipal ha pasado a tener un carácter residual<sup>26</sup>. Con todo, el control previo en el ámbito municipal de los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo que afectan a los inmuebles histórico-artísticos que han sido formalmente declarados mantiene en gran medida el mecanismo de la licencia como medio principal para asegurar la conformidad de dichas actuaciones con la legalidad urbanística.

El artículo 142 de la LSG enumera los actos sujetos a licencia urbanística de forma limitativa, no meramente enunciativa, ya que su apartado 3 somete al régimen de intervención de comunicación previa a todos los demás actos de uso del suelo y del subsuelo en los que no es exigible aquel medio de control. Entre las actuaciones que el apartado 2 considera objeto de licencia se incluyen expresamente las intervenciones en inmuebles declarados bienes de

---

22 De conformidad con el artículo 36.2 de la LSG, en el suelo rústico de especial protección será necesario obtener la autorización o informe favorable del órgano que posea la competencia sectorial correspondiente con carácter previo a la obtención del título habilitante municipal o autorización autonómica, en su caso.

23 AMOEDO SOUTO, C.A., “Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, pp. 94-95.

24 Así lo recoge el artículo 349 del RLSG, al afirmar que las licencias “son los títulos administrativos reglados mediante los que la Administración competente permite la ejecución material de los actos de edificación y uso del suelo proyectados, previa comprobación de que se ajustan al ordenamiento urbanístico vigente y de que reúnen las condiciones exigibles de seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad”.

25 Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior.

26 En el ámbito territorial de Galicia esta nueva orientación la consagra definitivamente la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, de emprendimiento y competitividad de Galicia, como se deduce de su artículo 23, que establece lo siguiente:

“1. En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia se suprime con carácter general la necesidad de obtención de licencia municipal de actividad, apertura o funcionamiento para la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial.

2. Los ayuntamientos velarán por el cumplimiento de los requisitos aplicables según la legislación correspondiente, para lo cual comprobarán, controlarán e inspeccionarán las actividades”.

No debemos olvidar que, según el artículo 1.2, esta ley no solo tiene por objeto la regulación del régimen de intervención administrativa aplicable a la instalación y apertura de establecimientos y al ejercicio de actividades económicas, sino también “la regulación del régimen de comunicación previa administrativa para el ejercicio de actividades y la realización de actos de uso del suelo y del subsuelo”.

interés cultural o en los catalogados con valor cultural, histórico, artístico, arquitectónico o paisajístico.

Aun cuando este tipo de autorización es un acto de verificación de la legalidad urbanística –y de comprobación de las exigencias sobre seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad–, el control que realiza el ayuntamiento abarca también cuestiones que podemos considerar de índole cultural o, cuando menos, se encuentran limítrofes con la protección del patrimonio cultural. De esta manera parece entenderlo ALEGRE ÁVILA cuando saca a colación una Sentencia del TSJ de Cantabria de 16 de febrero de 1990 en la que se le da la razón a un ayuntamiento que denegó una licencia que contaba con la autorización de la Administración autonómica de Patrimonio –la actuación debía tener lugar dentro del ámbito del conjunto histórico-artístico de Santillana del Mar–, por entender que la obra pretendida no se adaptaba al ambiente en la que se situaba el inmueble<sup>27</sup>. Constituye esta una potestad que, aun siendo propia del ámbito urbanístico –recordemos que la licencia es un acto revestido de un carácter eminentemente reglado–, atribuye al órgano municipal un significativo e inusual margen de discrecionalidad a la hora de valorar la armonía de una construcción respecto del carácter artístico, histórico o tradicional del conjunto de edificios de su entorno. No son, por tanto, los órganos de la Administración cultural los únicos que en el ejercicio de su potestad autorizatoria gozan de la suficiente discrecionalidad para aplicar al supuesto enjuiciado sus propios criterios profesionales. El juicio técnico que lleva al otorgamiento de la licencia urbanística también puede contener elementos discrecionales, como se reconoce en la STS de 29 de enero de 1985 (RJ 1985, 930), que dice:

“[...] el juicio sobre armonía estética referente a adecuación en estos aspectos del proyectado edificio es susceptible de reducción a juicio técnico propio de la prueba pericial por cuanto se agota y versa sobre hechos o datos representativos de características, estilo o tipos arquitectónicos perfecta y objetivamente asequibles a los conocimientos y competencia del técnico que elabora proyecto y memoria para el particular solicitante de la licencia de edificación [...]”.

De todas formas, fuera de estos supuestos de valoración técnica sobre la armonía de una construcción en relación con su entorno, es difícil encontrar manifestaciones del ejercicio discrecional de facultades autorizatorias municipales de carácter urbanístico.

## 2.2 La comunicación previa

En la LSG la comunicación previa se concibe como un título habilitante de naturaleza urbanística que tiene por finalidad el sometimiento al control municipal de los actos de edificación y uso del suelo. Estos actos sujetos a comunicación previa aparecen especificados en el apartado 3 del artículo 142 de forma negativa respecto de los que, según el apartado 2, requieren de la correspondiente licencia urbanística. Entre estos últimos se incluyen, como sabemos, las intervenciones en inmuebles distinguidos con una declaración formal de valor cultural. No obstante, la norma urbanística no excluye del sometimiento al régimen de comunicaciones previas las actuaciones en aquellos otros cuyo valor cultural, aun poseyéndolo, no ha sido formalmente reconocido. Por otra parte, el propio precepto legal dispone la sujeción a este régimen, en todo caso, de los actos que así se establecieran en las leyes.

27 ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, Tomo II, Colección Análisis y Documentos, n. 5, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994, pp. 126-127.

De la regulación de los mecanismos de intervención en la edificación y uso del suelo que contiene la normativa urbanística subyace una preocupación por la protección del patrimonio cultural que descarta la implementación de un medio flexible y simplificado de control sobre las actuaciones en los bienes que lo integran y que está latente en la exigencia de licencia urbanística para realizar cualquier intervención en inmuebles que gozan de una declaración formal de valor cultural. Esa misma preocupación es compartida por el legislador del patrimonio cultural que excluye este medio de control. Sin embargo, la aspiración de dotar al régimen de control administrativo de las actuaciones en el ámbito del patrimonio cultural de la adecuada flexibilidad y agilidad no está reñida con el objetivo primordial de defensa de ese patrimonio. Evidentemente, la defensa de los intereses generales impone la exigencia de las formas clásicas de control previo cuando el inmueble afectado esté dotado de valores culturales significativos y cuando las actuaciones que pretendan realizarse puedan suponer una alteración importante de dichos valores. Pero en otros casos en que no se dan esas condiciones la comunicación previa refuerza el papel de los ciudadanos como sujeto activo en la protección del patrimonio, ya que con la implantación de este mecanismo se les concede un mayor protagonismo y una mayor responsabilidad en el control de las actuaciones.

### 2.3 La orden de ejecución

La actividad de policía, y en particular el control preventivo ejercido por los órganos administrativos, puede ejercerse también mediante órdenes dirigidas a los particulares, que contengan una obligación concreta de hacer consistente en la realización de obras de reparación, reforma, renovación, etc. La doctrina concibe la orden de ejecución como una manifestación típica de la policía administrativa limitativa de los derechos de los particulares<sup>28</sup>. La situación en la que se encuentra previamente el titular del bien es de libertad para usarlo, disfrutarlo y disponer de él, pero de un modo relativo, ya que la Administración está habilitada para interferirla imponiendo la ejecución de las obras de reparación precisas mediante la emanación del acto de gravamen en que consiste la orden<sup>29</sup>.

Del mismo modo que en el caso de la licencia, la orden de ejecución procedente de un ayuntamiento debe someterse al preceptivo trámite de conocimiento de la Administración cultural cuando se pretenda operar en bienes integrantes del patrimonio cultural<sup>30</sup>.

La LSG contempla en su artículo 136.1 dos tipos básicos de órdenes de ejecución: aquellas que los ayuntamientos emiten para garantizar los deberes de uso, conservación y rehabilitación de los inmuebles –regulados en el artículo 135–, y aquellas otras que se dictan para adaptar las edificaciones y construcciones al ambiente en el que se encuentran, según lo establecido en el artículo 91.

---

28 Así la considera la doctrina autorizada en la materia que, según GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, explica la tensión entre policía y legalidad en relación con los deberes de conservación (*La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 118-119, nota 272).

29 GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO. L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 750.

30 En tal sentido, el artículo 335.3 del RLSG establece lo siguiente:  
“No podrá dictarse orden de ejecución sin la previa autorización que resulte preceptiva por razón de los regímenes especiales de protección, vinculación o servidumbres legales que afecten al terreno o inmueble de que se trate, excepto en el caso de las medidas excepcionales de protección necesarias cuando exista peligro inmediato de que puedan producirse daños a las personas o peligro inminente de derribo de la edificación”.

Respecto al primero de los tipos de órdenes de ejecución indicados, debe señalarse que su emisión se producirá cuando el propietario del inmueble incumpla sus deberes de conservación inherentes al carácter social del derecho de propiedad, que siguen vigentes aunque el ayuntamiento no obligue a su cumplimiento<sup>31</sup>.

El límite que determina el deber de conservación puede ser fácilmente superado cuando las obras ordenadas deban realizarse para procurar la adaptación al entorno, en el que entran en juego consideraciones con ciertas dosis de subjetividad, como corresponde al grado de discrecionalidad del que dispone el órgano administrativo de control. Así sucede cuando se valora la necesidad de adaptación de una edificación o construcción a su entorno para justificar la emisión de una orden, pero también cuando la orden de ejecución se dicta, al amparo del artículo 135.1, por motivos turísticos, culturales u ornamentales. Las órdenes de ejecución basadas en este tipo de motivos constituyen, según BARRERO RODRÍGUEZ, formas más o menos afortunadas de expresión de la idea de satisfacción de exigencias que tienen que ver con la preservación de valores estéticos considerados en su más amplio sentido<sup>32</sup>.

### 3 La protección del patrimonio cultural en el marco de los instrumentos de planeamiento

#### 3.1 El plan urbanístico como instrumento de ordenación del patrimonio cultural

Los bienes inmuebles culturales, sean o no declarados formalmente por la Administración cultural, también son merecedores en la legislación urbanística de un régimen específico que convierte a los órganos municipales en defensores de los valores históricos, tradicionales y arquitectónicos presentes en su territorio. El artículo 34 de la LPCG alude específicamente a las figuras de planeamiento urbanístico como instrumentos que deben ser objeto de control por parte de la Consellería de Cultura a través de un informe preceptivo y vinculante emitido durante su tramitación. La superación de ese control acerca de la afección cultural del plan permite trasladar la función interventora de la Administración autonómica a la municipal. Así pues, bajo el paraguas de los instrumentos de planeamiento debidamente aprobados, los órganos urbanísticos municipales pasarán a ejercer de forma plena sus funciones fiscalizadoras de las actuaciones que afectan a bienes integrantes del patrimonio cultural mediante el otorgamiento de licencias o la intervención a través de otro tipo de actos de control previo o posterior.

Tal como destaca BARRERO RODRÍGUEZ, las técnicas de policía administrativa resultan insuficientes para proteger el bien cultural inmueble. Se necesita un instrumento que atienda a las particularidades de los bienes protegidos en conexión con el área territorial de la que forman parte y, a partir de él, establecer el régimen autorizador de las intervenciones urbanísticas que les afecten. A esta finalidad responde el plan urbanístico, “que se convierte para el ordenamiento contemporáneo en la más importante de las técnicas de defensa y

31 Señala al respecto FERNÁNDEZ CARBALLAL que el deber de conservación constituye un límite interno que forma parte de la fisonomía del derecho de propiedad urbanística, cuyo carácter social se manifiesta en que el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del deber de vigilancia y prevención por parte de los ayuntamientos no exonera a los propietarios de sus obligaciones (*Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 267).

32 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, Madrid, 2006, p. 151.

tratamiento de las áreas históricas”<sup>33</sup>. El planeamiento urbanístico dota a la ordenación de los conjuntos históricos de un carácter dinámico e integrador que coloca a los ayuntamientos como principales defensores de los valores históricos, tradicionales y arquitectónicos del municipio, y al mismo tiempo como principales interesados en la protección del conjunto.

Como ya se ha indicado, el ámbito en el que se aplicarán las disposiciones de protección de los valores culturales de los instrumentos de planeamiento –y, por ende, la extensión de la función de intervención de los órganos municipales– no tiene por qué coincidir con el espacio físico delimitado en la declaración del inmueble protegido. El ámbito del plan puede, por tanto, superar al que comprende dicho inmueble<sup>34</sup>. Así, tal como lo entiende BASSOLS COMA, esta superficie que excede del perímetro establecido en la legislación protectora del patrimonio cultural no se somete al régimen limitativo de la misma, sino a la normativa urbanística común<sup>35</sup>.

Las figuras de planeamiento urbanístico más indicadas para ordenar las áreas espaciales que comprenden los bienes inmuebles con valor cultural son los planes especiales de protección previstos en el artículo 71 de la LSG. Así lo prescribe la LPCG en el artículo 55, que obliga a redactarlos a los ayuntamientos en cuyo territorio se encuentre un conjunto histórico, una zona arqueológica, un lugar de valor etnológico o un sitio histórico, declarados BIC. Pero, con la excepción de los conjuntos históricos, no solo es apta la figura del plan especial de protección para regular el uso del suelo afectado por la declaración de los mencionados BIC conforme al precepto citado; el ámbito que estos comprenden también puede ser ordenado por otros instrumentos de planeamiento, tanto de carácter general como especial. Como señala BARRERO RODRÍGUEZ, el mandato dirigido a los ayuntamientos afectados traslada a estos la decisión de elegir entre el plan especial o el general para llevar a cabo la ordenación del ámbito protegido, de forma que se garanticen adecuadamente los fines de protección derivados del artículo 46 de la Constitución española, de aquella parte del territorio que ordenan. Esto es realmente lo importante y no la figura concreta de planeamiento de que se sirva la Administración para conseguir dicho fin<sup>36</sup>. Es más, tanto el instrumento de ordenación general como el que lo desarrolla pueden llevar a cabo de análoga forma la ordenación del ámbito cultural en cuestión, ya que, como indica MORA BONGERA, las diferencias entre ellos son imperceptibles<sup>37</sup>.

Así pues, pese a resultar más apropiada la figura del plan especial para llevar a cabo una ordenación exhaustiva de las áreas históricas, el plan general de ordenación municipal contendrá con carácter obligatorio determinaciones de protección del patrimonio cultural inmueble, como veremos más adelante. Por consiguiente, los instrumentos de planeamiento general pueden y deben contener las determinaciones relativas a la protección de los bienes

---

33 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, p. 434.

34 Nada prohíbe tampoco que el ámbito del plan no incluya todo el espacio comprendido en la delimitación del bien protegido, aunque no es lo habitual.

35 Llega este autor a tal conclusión, en relación con la obligación establecida en la Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico español (LPHE), de redactar un plan especial u otro instrumento de planeamiento urbanístico de protección del área afectada por la declaración de un conjunto histórico, basándose en el carácter mínimo de aquel plan a efectos de la ley y la alusión de esta a las otras figuras urbanísticas que cumplan sus exigencias (BASSOLS COMA, M., “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990, p. 36).

36 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 559-560.

37 MORA BONGERA, F., “La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento”, *Revista de Derecho Urbanístico*, enero-febrero, 1990, p. 57.

históricos incluidos en su ámbito territorial, y aquellas otras que se considere convenientes; pero en ningún momento se debe olvidar el carácter de ordenación integral que tienen. En concreto, al PGOM le concierne la función de establecer el modelo territorial, la estructura básica sobre la que este descansa y las determinaciones fundamentales de las que depende la definición de los derechos y deberes de los propietarios del suelo ordenado<sup>38</sup>, de suerte que, para un mayor nivel de detalle, se precisaría la elaboración de un plan especial, lo que en el caso de BIC de cierta complejidad se antoja más adecuado.

Una vez aprobada una figura de planeamiento por los cauces que sean aplicables en función de su naturaleza, los órganos municipales responsables de su ejecución, como se ha indicado anteriormente, aumentan su protagonismo en la función interventora dentro su ámbito espacial. No obstante, conforme a la LPCG, la Administración cultural conserva la competencia de control de las actuaciones en los inmuebles más singularizados declarados BIC que se encuentren afectados, así como en los bienes catalogados del patrimonio artístico o arqueológico, en los que afecten a las trazas y a elementos funcionales del Camino de Santiago, etc. Sin embargo, sí se traslada al ayuntamiento la competencia para autorizar las intervenciones en los entornos de protección de dichos inmuebles individualmente declarados si el plan contiene las previsiones necesarias para su especial protección.

### 3.2 Los planes generales y la protección del patrimonio cultural a partir de la clasificación del suelo

Los planes generales de ordenación municipal constituyen el instrumento de referencia que delimita las facultades de los sujetos actuantes y de las administraciones que ejercen el control. El artículo 52.h) de la LSG especifica que habrán de contener entre sus determinaciones generales un catálogo de aquellos “elementos que por sus valores naturales o culturales hayan de ser conservados o recuperados, con las medidas de protección que procedan”<sup>39</sup>. Pero donde realmente se muestra la verdadera jerarquía de los planes generales sobre las demás figuras de planeamiento que lo desarrollan es en su virtualidad para clasificar suelo<sup>40</sup>. En este sentido, la ley establece algunas limitaciones que determinan la forma de actuar sobre los inmuebles con valor histórico, artístico o tradicional y las potestades de control, para impedir que se proceda de forma irrespetuosa con las particularidades del tipo de suelo sobre el que se encuentran los inmuebles protegidos. Limitaciones de esta naturaleza aparecen contenidas en la LSG de la siguiente forma:

– En el artículo 24.7, que indica las condiciones que habrán de reunir las nuevas edificaciones que se pretendan emplazar en los núcleos tradicionales, de forma que se identifiquen con las características propias del lugar y consoliden la trama rural existente.

38 De conformidad con el artículo 51.2 de la LSG, los planes generales de ordenación municipal son instrumentos de ordenación integral del término municipal que “clasificarán el suelo para el establecimiento del régimen jurídico correspondiente, definirán los elementos fundamentales de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio y establecerán las determinaciones orientadas a promover su desarrollo y ejecución”.

39 También preceptúa el artículo 130.1.b) del RLSG que los PGOM deberán incluir entre las determinaciones específicas de los núcleos rurales “3º Los yacimientos arqueológicos y las construcciones o restos de aquellas de carácter histórico-tradicional, arquitectónico o que contengan algún elemento señalado de carácter cultural situados en este tipo de suelo”.

40 En tal sentido, el artículo 15 de la LSG dispone que los planes generales de ordenación habrán de clasificar el territorio municipal “en todos o algunos de los siguientes tipos de suelo: urbano, de núcleo rural, urbanizable y rústico”. Incluso podemos afirmar, como FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que la clasificación del suelo constituye un objetivo prioritario de esta clase de planes (*Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 61).

– En el artículo 26.1, que prohíbe la demolición de las construcciones existentes en los núcleos rurales, salvo que se trate de construcciones sin especial valor arquitectónico, histórico o etnográfico.

– En el artículo 26.2, que prohíbe ciertas actuaciones en los núcleos rurales tradicionales<sup>41</sup>.

– En el artículo 39.b), que, entre las condiciones generales de las edificaciones o instalaciones en suelo rústico, exigibles para la obtención del título habilitante municipal de naturaleza urbanística, establece la obligación de prever las medidas, condiciones o limitaciones que garanticen la preservación del patrimonio cultural y la singularidad y tipología arquitectónica de la zona.

– En el artículo 39.c), que prescribe que el volumen máximo de la edificación deberá ser similar al de las edificaciones tradicionales existentes, salvo cuando resulte imprescindible superarlo por exigencias del uso o actividad, debiendo adoptarse en todo caso las medidas correctoras necesarias para minimizar el impacto visual sobre el paisaje y la alteración del relieve natural.

– En el artículo 40, que determina el régimen aplicable de rehabilitación y reconstrucción de las edificaciones de carácter tradicional ubicadas en cualquier categoría de suelo de núcleo rural o rústico<sup>42</sup>.

Por otra parte, en la aplicación del régimen específico de estos tipos de suelos, y más concretamente en el suelo rústico de especial protección patrimonial, no puede ignorarse la participación de la Administración cultural en la configuración de la decisión autorizatoria, por mucho que el ayuntamiento asuma competencias de salvaguarda de los valores culturales y arquitectónicos de los bienes inmuebles en el ámbito de sus atribuciones. Así lo dispone el artículo 36.2 de la LSG, cuando prescribe la necesidad de que el órgano sectorial se pronuncie con anterioridad a la obtención del título habilitante municipal:

“En todo caso, en el suelo rústico de especial protección será necesario obtener la autorización o informe favorable del órgano que ostente la competencia sectorial correspondiente con carácter previo a la obtención del título habilitante municipal o autorización autonómica en los casos en que esta fuese preceptiva [...]”.

Pone en evidencia este precepto que, pese a la competencia del ayuntamiento para definir el régimen de aplicación en los ámbitos caracterizados por un singular valor histórico, artístico o tradicional –al clasificar el suelo en un instrumento de planeamiento–, el control de las actuaciones en dichos ámbitos depende en gran medida de la Administración de patrimonio, aunque no haya declarado formalmente el valor cultural de los elementos afectados. Así,

---

41 Este precepto declara prohibidas en estos núcleos rurales tradicionales, además de las actuaciones que también lo están en los tipos básicos de núcleo rural, las siguientes:

a) Las viviendas adosadas, proyectadas en serie, de características similares y emplazadas en continuidad en más de tres unidades.

b) Los nuevos tendidos aéreos.

c) La ejecución de actuaciones integrales que determinen la desfiguración de la tipología del núcleo y la destrucción de los valores que justificaron su clasificación como tal”.

42 El artículo 40 de la LSG dispone lo siguiente:

“Las edificaciones tradicionales existentes en cualquier categoría de suelo de núcleo o de suelo rústico podrán ser destinadas a usos residenciales, terciarios o productivos, a actividades turísticas o artesanales y a pequeños talleres y equipamientos.

Previa obtención del título habilitante municipal de naturaleza urbanística, y sin necesidad de cumplir los parámetros urbanísticos de aplicación salvo el límite de altura, se permitirá su rehabilitación y reconstrucción y, por razones justificadas, su ampliación incluso en volumen independiente, sin superar el 50 % del volumen originario de la edificación tradicional.

En cualquier caso, habrán de mantenerse las características esenciales del edificio, del lugar y de su tipología originaria”.

el pronunciamiento de los órganos culturales se antoja necesario y anterior a la concesión de la licencia municipal y a la comunicación previa cuando se opera en un suelo rústico de protección patrimonial<sup>43</sup>.

En definitiva, los planes generales de ordenación municipal determinan las potestades de intervención administrativa de las actuaciones que afectan a los inmuebles históricos, artísticos o tradicionales a través de la clasificación del suelo. Ahí radica su verdadera función protectora del patrimonio: en la designación de qué ámbitos espaciales tendrán un estatuto jurídico u otro. Así, en función de cuál sea la condición que tenga el suelo afectado, tendrá su uso unas determinadas limitaciones. Por tanto, pese a que la norma faculta a los redactores de los planes generales para incluir en ellos medidas de protección de los elementos histórico-artísticos, no parecen este tipo de instrumentos los más adecuados para tal cometido. Su carácter integral y abierto a su desarrollo a través de planes especiales –más adecuados estos para este tipo de determinaciones– les resta operatividad para determinar, fuera de su capacidad de clasificar suelo, los límites que determinan la función de control administrativo de los órganos municipales.

### 3.3 La función tuitiva de los planes especiales de protección del patrimonio cultural

En desarrollo de los planes generales, los planes especiales de protección de las áreas históricas llevan a un mayor nivel de concreción las determinaciones que van a delimitar la intervención de los órganos municipales sobre la actividad de los particulares. No constituye este tipo de planes, a juicio de BASSOLS COMA, una categoría *ex novo* desde el punto de vista de la materia, que la singularice de las modalidades de planeamiento contempladas en la legislación urbanística<sup>44</sup>. Son, por el contrario, planes urbanísticos territoriales que, como señala BARRERO RODRÍGUEZ, tienen por objeto la regulación de un determinado aspecto del espacio<sup>45</sup>, y que se caracterizan, según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, por su naturaleza subordinada respecto del plan general previo que desarrollan<sup>46</sup>. Sin embargo, la LSG también prevé en su artículo 70.2, ante la falta de planeamiento general municipal o cuando este no contuviese las previsiones detalladas oportunas, la aprobación de planes especiales autónomos “con la finalidad de proteger ámbitos singulares, rehabilitar y mejorar el medio rural o establecer infraestructuras y dotaciones urbanísticas, siempre que estas determinaciones no exijan la previa definición de un modelo territorial”.

A diferencia de los planes generales, los planes especiales no pueden, por regla general, establecer limitaciones en el uso del suelo mediante su clasificación, pero sí pueden incorporar

43 En los demás tipos de suelo, aunque la emisión del informe cultural no sea expresamente preceptivo en la legislación urbanística, se aplicaría el artículo 34 de la LPCG, que –como ya hemos destacado– somete al pronunciamiento de la Consellería de Cultura no solo los planes y programas, sino también los proyectos que, por su incidencia sobre el territorio, puedan suponer una afección al patrimonio cultural de Galicia.

44 BASSOLS COMA, M., “Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990, p. 40.

45 BARRERO RODRÍGUEZ, C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 560-561. LARUMBE BIURRUN contrapone los planes especiales a los generales –que desarrollan– y a los parciales, de los que se diferencian en que no persiguen la ordenación urbana integral del territorio, sino tan solo un aspecto concreto de él (“La figura del plan especial. Legislación sobre Centros Históricos”, *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 57, 1978, pp. 83-84).

46 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 72.

determinaciones que habrán de ser observadas por los sujetos actuantes sobre el patrimonio histórico y por los órganos municipales encargados de controlarlos<sup>47</sup>. Contendrán de este modo las determinaciones propias de su naturaleza y finalidad por medio de ordenanzas y normas específicas de protección.

Los planes especiales de protección se configuran de esta forma en la normativa urbanística como las figuras de planeamiento idóneas para ordenar los ámbitos que comprenden los bienes inmuebles con valor cultural. Esa idoneidad para ordenar los BIC es elevada al grado de exigencia por la LPCG respecto de algunas categorías de esta clase de bienes. Son, pues, esos planes especiales los que tienen asignada esa misión específica, de conformidad con el artículo 71.3 de la LSG:

“En particular, los planes especiales cuyo objeto sea proteger los ámbitos del territorio declarados como bienes de interés cultural contendrán las determinaciones exigidas por la legislación sobre patrimonio cultural y el catálogo previsto en el artículo 81”.

Pero la potestad para ordenar los bienes culturales excede en la norma urbanística del mandato de la LPCG, de forma que aquella impone a la Administración municipal la regulación a través de planes especiales de determinados elementos dotados de valor histórico-artístico, no necesariamente reconocidos en el ámbito de la Administración cultural. Así se deduce del artículo 71.1 de la LSG, que contempla la preservación del patrimonio cultural genéricamente considerado como uno de sus objetos. Carece, pues, la norma urbanística de una relación, ya no limitativa, sino simplemente enunciativa de cuestiones que deberán enjuiciar los órganos municipales en el ejercicio de sus potestades interventoras, que requieren la máxima concreción en el plan para evitar entrar en un terreno –el de la discrecionalidad administrativa– que tienen restringido.

En cualquier caso, a los planes especiales de protección les corresponden, según el artículo 179.6 del RLSG, estas determinaciones:

- La identificación y justificación de los elementos, ámbitos y valores objeto de protección.
- La definición y regulación de categorías diferenciadas de protección, cuando proceda.
- La regulación de los usos y actuaciones permitidos, compatibles o prohibidos sobre los elementos o ámbitos protegidos, y otras medidas que se estimen necesarias para garantizar su protección y conservación.
- La regulación y programación de la ejecución de las actuaciones de recuperación, rehabilitación o mejora de los elementos, ámbitos o valores objeto de protección.

La forma en que los planes especiales abordan el régimen de control de las actuaciones urbanísticas sobre el patrimonio cultural es muy variada. Así, algunos planes reproducen en algunos casos las disposiciones de la ley, que regulan la intervención administrativa de las actuaciones sobre los inmuebles protegidos, o bien contienen recordatorios del necesario

---

47 La LSG, en su artículo 70.5 –que remite al artículo 65–, dispone que no podrán los planes especiales sustituir a los planes generales como instrumentos de ordenación integral del territorio, ni modificar la clasificación del suelo, pero sí podrán, bajo ciertas condiciones, modificar la ordenación detallada de los segundos y reajustar, por razones justificadas, la delimitación de los sectores y áreas de reparto, así como crear suelo urbano con destino a usos industriales o terciarios, equipamientos públicos o construcción de viviendas de promoción pública en los ayuntamientos sin planeamiento general o que cuenten con plan básico municipal.

cumplimiento de la normativa protectora del patrimonio cultural, o se aventuran a detallar con más precisión los supuestos autorizables y el modo en que tiene lugar la función autorizatoria<sup>48</sup>.

Así las cosas, la verdadera comprensión del papel que desempeñan los planes especiales de protección del patrimonio cultural en la ordenación urbanística del municipio los muestra como instrumentos adecuados para aportar el dinamismo que a la legislación de patrimonio le falta en la conservación de los inmuebles-históricos. Este tipo de planes, a través de la ordenación de los espacios culturales, aporta a los órganos municipales agilidad para el ejercicio de sus potestades de control al prescindir de la intervención de la Administración cultural. Pero el ejercicio de esas potestades municipales conlleva el peligro de invadir el campo de la discrecionalidad administrativa que tienen vetado. Para conjurar ese peligro es necesario que el instrumento de planeamiento delimite al máximo los entornos en los que deben moverse los órganos de control.

### 3.4 Los catálogos urbanísticos como instrumento complementario de los planes de ordenación

Se completa el marco jurídico delimitador de la función de control administrativo municipal que se deriva del planeamiento con la figura del catálogo urbanístico. Es este un instrumento complementario del plan cuyo objeto es, conforme al artículo 81.1 de la LSG, “identificar los elementos que, por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos, etnográficos o paisajísticos, se estime conveniente conservar, mejorar o recuperar”. Aunque son más propios de los planes especiales, los catálogos también complementan los planes generales; de hecho, los artículos 52.h) –como se ha apuntado antes– y 58.i) incluyen entre las determinaciones y documentos del PGOM el catálogo de elementos que deben ser conservados o recuperados, con las medidas de protección que procedan.

Con arreglo al artículo 196.2 del RLSG, los elementos protegidos por el catálogo serán los bienes inscritos en el Registro de Bienes de Interés Cultural de Galicia y en el Catálogo del Patrimonio Cultural de Galicia, debiendo delimitarse sus entornos de protección y sus zonas de amortiguamiento, en su caso. Pero también se incluirán en el catálogo urbanístico los demás inmuebles cuyo valor histórico, artístico, arquitectónico, etc., goza de un reconocimiento limitado al ámbito local, con sus respectivos entornos de protección<sup>49</sup>. A unos y otros

48 Podemos destacar como ejemplo lo dispuesto en la Revisión y adaptación del Plan especial de protección y reforma interior de la Ciudad Vieja y Pescadería de A Coruña, aprobado definitivamente el 26 de enero de 2015 y publicado en el BOP de A Coruña de 30 de enero. Después de recordar en sus artículos 2 y 5 la preceptiva aplicación de la legislación sectorial de patrimonio, recuerda en su artículo 6 la obligación de solicitar la autorización de la Administración cultural para las actuaciones urbanísticas que se desarrollen en el ámbito del conjunto declarado y su entorno. Además, el artículo 140 establece el régimen de licencias en edificios o conjuntos catalogados, en el que se exige la autorización expresa de los organismos competentes para la ejecución de la LPCG para la realización de obras interiores o exteriores que afecten directamente a monumentos declarados BIC, y atribuye al Ayuntamiento la competencia para autorizar directamente las obras que afecten a inmuebles no singularizados. Regula también el plan, entre otras cuestiones, los tipos posibles de actuación y la documentación preceptiva en los proyectos de obras en edificios existentes, de demolición y de nueva edificación, así como aspectos procedimentales relativos a la tramitación de las actuaciones, condiciones de volumen, de estética, etc.

49 Los objetos catalogables, a decir de AMOEDO SOUTO, se caracterizan por su amplitud potencial, como corresponde a un concepto tan extensivo como es el de *elemento*. Esto abre interesantes posibilidades para combinar la protección del patrimonio con la promoción turística y deportiva. No obstante, se hace necesario individualizar correctamente los elementos que se pretende proteger, evitando catalogaciones excesivamente genéricas que en la práctica llevan a la desprotección de aquellos (“A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 199-201).

se les dedicará una ficha individualizada en la que se recogerán, como mínimo, sus datos identificativos, ubicación y delimitación de su ámbito de protección, descripción gráfica de sus características constructivas, estado de conservación y determinaciones para su conservación, rehabilitación, mejora o recuperación.

Como se ha indicado, la LSG consagra, en su artículo 81.1, el carácter complementario del catálogo respecto del plan, de tal forma que quedaría configurado en este último el régimen al que están sujetos los ciudadanos y la Administración urbanística, limitándose aquel a señalar el objeto afectado<sup>50</sup>. Sin embargo, el RLSG se aparta de la concepción tradicional del catálogo urbanístico como instrumento accesorio desprovisto de naturaleza jurídica, al disponer en su artículo 198.1 que será vinculante para el planeamiento, que no podrá alterar la condición de los bienes, espacios o elementos en él incluidos, y que, en caso de que exista contradicción entre las determinaciones de uno y otro, prevalecerán las del catálogo.

## 4 La protección del patrimonio cultural al margen del planeamiento

Como antes hemos señalado, las facultades urbanísticas derivadas del derecho de propiedad aparecen delimitadas, con sujeción a la ley, por los instrumentos de planeamiento; pero, sin mediación de ninguna figura intermedia, la ley también configura de forma directa el régimen aplicable a las actuaciones que se pretendan acometer en los inmuebles que reconoce como integrantes del patrimonio cultural. En este sentido, contiene la norma legal diversas disposiciones con análoga finalidad protectora, que funcionan de forma complementaria a los instrumentos de ordenación, y que en mayor o menor medida están orientadas a procurar unas mínimas condiciones estéticas. Nos estamos refiriendo a las denominadas normas de aplicación directa recogidas en la legislación urbanística<sup>51</sup>, que se aplican en los municipios que carecen de plan, pero también, de forma prevalente, en los que disponen de ellos<sup>52</sup>.

50 Sostiene GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ que la función de los catálogos es la de dar cuenta de una edificación digna de protección, y pretender que aporten prescripciones de tipo regulativo o sustantivo los llevaría a invadir el papel reservado a los planes (*La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 92). Por su parte, ALONSO IBÁÑEZ considera que con la LPHE el catálogo urbanístico que debe formarse junto con el plan urbanístico del conjunto histórico empieza a sustantivarse como instrumento de ordenación –superando de esta forma el carácter instrumental que le reconocía el Texto refundido de la Ley del suelo de 1976–, al imponer en su contenido un determinado régimen de protección (*Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 90- 91). AMOEDO SOUTO diferencia el aspecto complementario del catálogo, del sustantivo, que lo convierte en verdadero instrumento protector con eficacia jurídica propia. Esta doble naturaleza del catálogo constituye una fuente de inseguridad jurídica cuando se entrecruza dicho carácter sustantivo con el que se deriva de la normativa cultural (“A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010, pp. 190- 194).

51 Con incidencia en el ámbito urbanístico, también gozan de esta condición de normas de aplicación directa las contenidas en la legislación sectorial de carreteras, costas, conservación de la naturaleza y –como ya hemos comprobado– de protección del patrimonio cultural, por cuanto establecen limitaciones legales que deben ser aplicadas por los órganos urbanísticos.

52 Ese carácter de las normas de aplicación directa, al tiempo complementario y prevalente en relación con las contenidas en los instrumentos de planeamiento, aparece reconocido en la STS de 1 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 9737), cuando señala que el artículo 73 del Texto refundido de la Ley del suelo de 1976 –antecedente de las actuales disposiciones de adaptación al ambiente– “pese a ser de directa aplicación, con independencia de que exista o no planeamiento, no excluye, caso de existir, la aplicación de las concretas determinaciones contenidas en el planeamiento de que se trate, salvo que éstas se opongan a lo dispuesto en dicho precepto”. A propósito de dicho artículo, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO entienden, sin embargo, que, dada la dificultad de concretar los supuestos previstos en la norma, no parece que los planes puedan desarrollar este tipo de disposiciones, lo que evita, en principio, el conflicto entre ellas. Eso permite la aplicación independiente y directa de la regla y su utilización como mecanismo corrector de los resultados contrarios que se derivan de la simple aplicación del planeamiento (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 229).

De entre este tipo de normas –de pertinente alusión en atención al objeto de nuestro estudio–, destacamos las previstas en el artículo 91 de la LSG, que obliga a adaptar las construcciones e instalaciones al entorno en que estuvieran situadas. En concreto, en virtud de este precepto se exige que las construcciones en lugares inmediatos a un edificio o un conjunto de edificios de carácter histórico o tradicional armonicen con él; que, en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características históricas o tradicionales, los muros, cierres y demás elementos no limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompan la armonía del paisaje, desfiguren la perspectiva propia de este o limiten o impidan la contemplación del conjunto; que la tipología de las construcciones y los materiales y colores empleados favorezcan la integración en el entorno inmediato y en el paisaje; etc.<sup>53</sup> Además, tales disposiciones operarán con independencia de lo establecido en la legislación sobre patrimonio histórico<sup>54</sup>; de ahí que consideremos que forman parte de las técnicas a disposición de la Administración urbanística, de protección del patrimonio cultural no declarado.

Sin embargo, las mencionadas normas de adaptación al ambiente no son las únicas disposiciones de directa aplicación con una finalidad protectora de la estética o el ambiente, ya que existen otras de naturaleza semejante referidas a la obligación por parte de los propietarios de terrenos, edificaciones, etc., de mantener estos en las debidas condiciones de ornato legalmente exigibles y realizar obras adicionales por motivos turísticos o culturales, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, conforme establecen los apartados c) y e) del artículo 135.1 de la LSG<sup>55</sup>.

Todos estos deberes de adaptación al entorno y de uso, conservación y rehabilitación se harán cumplir, si es preciso, mediante la imposición de órdenes de ejecución, según el artículo 136.1 de la LSG. Como advierte FERNÁNDEZ CARBALLAL, el momento en el que se utiliza ese mecanismo es cuando la obligación genérica prevista en la ley se transforma en una obligación jurídica estricta, que ha de satisfacerse al dictarse el acto conminatorio de la ejecución de una obra, especificando y detallando las operaciones que deben realizarse<sup>56</sup>.

Sin llegar a tener que acudir a este medio de control, la Administración urbanística aplicará en un primer momento las normas de aplicación directa al conceder o denegar la licencia. En este sentido, decimos que tales normas delimitan las facultades autorizatorias, otorgando al órgano municipal un amplio poder decisorio, favorecido por la vaguedad de su contenido. Así, conceptos tales como ambiente, armonía, perspectiva o belleza pueden generar de hecho una disminución de garantías que requieren con más fuerza –como pone de relieve FERNÁNDEZ

53 Por su parte, el artículo 20.2 del texto refundido de la Ley de suelo y rehabilitación urbana establece, como criterios básicos de utilización del suelo, los siguientes:

“Las instalaciones, construcciones y edificaciones habrán de adaptarse, en lo básico, al ambiente en que estuvieran situadas, y a tal efecto, en los lugares de paisaje abierto y natural, sea rural o marítimo, o en las perspectivas que ofrezcan los conjuntos urbanos de características histórico-artísticas, típicos o tradicionales, y en las inmediaciones de las carreteras y caminos de trayecto pintoresco, no se permitirá que la situación, masa, altura de los edificios, muros y cierres, o la instalación de otros elementos, limite el campo visual para contemplar las bellezas naturales, rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo”.

54 Con este carácter autónomo conciben GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO las normas de adaptación de las edificaciones al ambiente (*Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 230). En ese sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 4884).

55 Las exigencias contenidas en este tipo de disposiciones –y específicamente el mantenimiento del ornato público– no deben ser entendidas, a juicio de FERNÁNDEZ CARBALLAL, como obligaciones de los propietarios de preservar a su costa el valor histórico o artístico del inmueble, sino como una necesidad de cumplir sus normales condiciones estéticas (“A conservación do patrimonio urbanístico-arquitectónico”, *Revista Galega de Administración Pública*, n. 38, 2004, p. 82).

56 *Ibidem*, pp. 83-84.

CARBALLAL– la exigencia de su motivación frente a la indeseable arbitrariedad proscrita por nuestro ordenamiento jurídico<sup>57</sup>. Pues bien, en el ejercicio de la función interventora, esa necesidad de motivación en la interpretación de aquellos conceptos jurídicos indeterminados y en la aplicación al caso concreto de los presupuestos de la norma se antoja fundamental.

No cabe duda de que, en la apreciación de los conceptos jurídicos indeterminados contenidos en la norma, la Administración urbanística se ve envuelta en sombras de incertidumbre que debe despejar, y la única forma de hacerlo consiste en determinar, en el momento de dictar el acto de concesión o denegación de la licencia –o, en su caso, a la hora de emitir una orden de ejecución–, si concurren aquellos conceptos en los supuestos enjuiciados. No puede, por tanto, prolongarse la incerteza más allá del momento previo a la decisión que se adopte. Así lo declara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 4884):

“[...] en su aplicación ha de reconocerse a la Administración un cierto margen de apreciación en razón del halo de dificultad que caracteriza el espacio de incertidumbre que media entre las zonas de certeza positiva y negativa (STS 31-12-1988), lo que implica que en su aplicación ha de actuarse con arreglo a la técnica propia de aquellos conceptos, ya que si la utilización de los mismos por la norma deriva de la imposibilidad de acotar con mayor grado de determinación el ámbito de realidad a que aquélla se refiere, no supone que dicha indeterminación se transmita y permanezca en la fase de aplicación de la norma, pues si ésta se está refiriendo sin ninguna duda a supuestos concretos de la realidad, la aplicación de los conceptos indeterminados a la calificación de circunstancias reales específicas sólo admite una única solución justa: o concurre o no concurre el concepto”.

En cualquier caso, en la apreciación de las circunstancias concurrentes no debe confundirse incertidumbre con subjetividad; antes bien, los preceptos legales que nos ocupan encierran elementos reglados que, dentro del margen de discrecionalidad que conceden a la Administración, deben ser respetados al adoptar su decisión. Para ello habrá de apoyarse en los elementos de juicio de carácter técnico o estético reflejados en los informes de los órganos técnicos, o que dimanen del proyecto formulado por el promotor de la actuación<sup>58</sup>.

El carácter de disposición de aplicación directa del artículo 91 de la LSG, y su antecedente, el artículo 73 del texto refundido de 1976, es puesto de relieve de forma concluyente por la STS de 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 4884)<sup>59</sup>, que además destaca su inexcusable aplicabilidad “tanto en defecto de planeamiento como en el supuesto de existencia de éste y contradicción con el mismo”. La aplicación directa de estos preceptos, por tanto, no requiere de desarrollo a través de otra disposición o acto, lo que significa que la decisión de otorgamiento o denegación de licencia que en su caso se solicite habrá de apoyarse en los criterios de actuación que aquellos contienen. Si, por el contrario, se concediese una licencia que fuera contradictoria con dichos criterios, sería anulable aunque se ajustara al planeamiento vigente.

---

57 FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003, p. 68.

58 En tal sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 14 de noviembre de 1986 (RJ 1986, 8082) y el TSJ de Cataluña en su Sentencia de 1 de abril de 2005 (JUR 2005, 173817).

59 También por la STS de 20 de abril de 1985 (RJ 1985, 2214), la STS de 16 de junio de 1987 (RJ 1987, 6492) y la STSJ de Cataluña de 1 de abril de 2005 (JUR 2005, 173817), entre otras.

Constituyen, en definitiva, estas disposiciones de directa aplicación limitaciones relativas, de análoga naturaleza a las impuestas en el ámbito de la Administración cultural, que son removibles por medio de licencia urbanística. Como tales, requieren también de un juicio valorativo de los órganos municipales, no exento de apreciaciones subjetivas. En tal sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de junio de 1993 (RJ 1993, 4884):

“[...] se trata de una limitación del «*ius aedificandi*» [la prevista en el artículo 76.a) del TRLS] no absoluta, sino relativa, en cuanto sólo impone una carga modal, permitiendo la edificación, pero sólo cumpliendo determinadas condiciones, aquellas que permitan la armonización de la nueva construcción con el conjunto de edificios, o el edificio, merecedores, por su valor histórico-artístico o arqueológico, de reunir un entorno adecuado a los mismos, eliminando los proyectados sin otras miras que las simplemente utilitarias y funcionales; esto significa que el urbanismo no recoge en su seno una sola valoración unidimensional, sino que son varios los que considera dignos de una protección especial, aunando los valores materiales y espirituales como son los históricos y los estéticos [...]”.

Confirma la jurisprudencia de esta manera esa función ejercida por la Administración urbanística de salvaguarda de los valores patrimoniales de ciertos bienes inmuebles, que encuentra su expresión en la concesión o denegación de licencia amparándose en las normas de aplicación directa, y concretamente en las que disciplinan la adaptación de las construcciones e instalaciones al ambiente histórico, artístico o tradicional en que estén emplazadas. Estas facultades de defensa del patrimonio que se confieren a los ayuntamientos van orientadas en último término a procurar un buen efecto urbanístico de conjunto, como muestra la STS de 20 de abril de 1985 (RJ 1985, 2214)<sup>60</sup>.

La función administrativa de control de las actuaciones sobre los inmuebles histórico-artísticos que se realiza al margen del planeamiento puede provenir también de ordenanzas locales reguladoras de la estética<sup>61</sup>. Este tipo de normas recogen una serie de parámetros en virtud de los cuales, como sostiene GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, la Administración podrá denegar la licencia si el proyecto de obra no sigue las pautas fijadas en la norma<sup>62</sup>. Pero, según establece la STS de 9 de mayo de 1986 (RJ 1986, 3061), los patrones estéticos que contienen han de ser objetivados, ya que “no puede quedar al subjetivo arbitrio del Órgano administrativo decidir en cada caso, según su cambiante criterio y sin reglas, si el proyecto ataca o no el buen gusto o si resulta o no impropio de su emplazamiento; porque admitir esto supondría convertir una materia que por ministerio de la Ley ha de ser siempre reglada, en discrecional o arbitraria”. De ser así, la decisión administrativa de otorgamiento de licencia se basaría en una apreciación subjetiva desconocedora de su naturaleza reglada, mientras

60 AMOEDO SOUTO considera estas facultades de la Administración urbanística como un segundo arsenal o círculo de protección del patrimonio histórico que suple las carencias del primer círculo configurado en la legislación cultural. Con esta orientación conforman “una técnica de tutela, un verdadero comodín protector de todo tipo de construcciones y planeamientos urbanos, pero que se reveló suficiente para encarar los problemas de la presión urbanística de las zonas históricas desde un punto de vista protector” (“Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico”, libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007, p. 66).

61 Las ordenanzas municipales reguladoras de la estética –al igual que las que detallan los usos, el volumen y las condiciones higiénico-sanitarias– tuvieron en nuestro derecho gran protagonismo hasta que a partir de la Ley de 1956 su parte más sustancial se fue integrando en los planes de ordenación como uno de los documentos que concretaban las normas urbanísticas aplicables a cada clase de suelo (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas, Madrid, 2007, p. 75).

62 GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 214.

que, si se atiene a las reglas ornamentales establecidas normativamente, tendrá un carácter objetivo y jurídico<sup>63</sup>.

Así y todo, la aludida objetivación de los patrones estéticos no está reñida con la discrecionalidad de la decisión administrativa acerca de la conformidad con las ordenanzas de la actuación sometida a licencia. Pero ese juicio discrecional es discutible y revisable, incluso en la vía jurisdiccional. Así lo confirma el TS en Sentencia de 29 de enero de 1985 (RJ 1985, 930), que reduce a juicio técnico propio de la prueba pericial el que se refiere a la armonía estética de una determinada actuación urbanística.

“[...] el juicio sobre armonía estética referente a adecuación en estos aspectos del proyectado edificio [señala el TS] es susceptible de reducción a juicio técnico propio de la prueba pericial por cuanto se agota y versa sobre hechos o datos representativos de características estilo o tipos arquitectónicos perfecta y objetivamente asequibles a los conocimientos y competencia del técnico que elabora proyecto y memoria para el particular solicitante de la licencia de edificación, documentos de impropio confección de modo aislado tanto del contenido de las Ordenanzas aplicables, como de la realidad topográfica y características circunstanciales de las próximas edificaciones con las cuales ha de configurar el edificio considerado conjunto o grupo urbano, cuestiones todas de hecho plenamente adecuadas a la revisión jurisdiccional a través de la prueba de los hechos determinante para la que es particularmente idónea la prueba pericial [...]”. La decisión administrativa acerca de la estética de una actuación urbanística, aun conteniendo un importante componente subjetivo, debe apoyarse en reglas de estilo y tipo arquitectónico reconocibles por los redactores del proyecto, por los facultativos que forman parte del órgano de control y por los peritos que, en su caso, vayan a informar sobre la revisión de aquella decisión. Para reducir el margen de discrecionalidad de unos y otros, las ordenanzas deben precisar al máximo cuáles son esos parámetros técnicos.

No obstante, el estricto margen de actuación que tiene la Administración urbanística para garantizar las condiciones estéticas del inmueble en su entorno no se da cuando recurra al uso de la orden de ejecución. Con este mecanismo ya no necesita la Administración el respaldo de una norma previa que concrete de forma rigurosa los presupuestos objetivos de actuación para ejercer sus funciones de control. Así lo entiende GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, al señalar que basta con que el edificio en cuestión presente un estado insalubre, inseguro o –como sería el caso– antiestético, para justificar la orden de ejecución<sup>64</sup>.

En definitiva, las disposiciones de aplicación directa que operan al margen del planeamiento –pero de forma complementaria– habilitan a los órganos municipales para el ejercicio de potestades de control que en último término resultan garantizadoras de la protección del patrimonio cultural, entendido en un sentido amplio. Como amplios son también los conceptos utilizados (armonía, perspectiva, belleza, etc.), que requieren de una aplicación motivada de la norma que evite incurrir en arbitrariedad. En cualquier caso, no es la protección del patrimonio cultural la finalidad esencial de este tipo de normas –aunque su aplicación en el ejercicio del control administrativo pueda producir este efecto–, sino el buen efecto urbanístico de conjunto.

---

63 *Ibidem*, pp. 221-224.

64 *Ibidem*, pp. 224-225.

## Bibliografía

- ALEGRE ÁVILA, J. M., *Evolución y régimen jurídico del Patrimonio Histórico*, tomo II, Colección Análisis y Documentos, n. 5, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., "La identificación de los espacios culturales en el ordenamiento español y la necesidad de integrar su tratamiento en el marco de la ordenación territorial", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 1, 1997.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *Los catálogos urbanísticos y otros catálogos protectores del patrimonio cultural inmueble*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- ALONSO IBÁÑEZ, M. R., *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, Madrid, 1994.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "A catalogación urbanística do patrimonio cultural galego", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 14, 2010.
- AMOEDO SOUTO, C. A., "Os desafíos da protección do patrimonio cultural galego a través do planeamento urbanístico", libro colectivo *Conxuntos históricos: propiedade privada e patrimonio público*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2007.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *La ordenación jurídica del Patrimonio Histórico*, Civitas, Madrid, 1990.
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C., *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, Iustel, Madrid, 2006.
- BASSOLS COMA, M., "Instrumentos legales de intervención urbanística en los centros y conjuntos históricos", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 118, 1990.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., "A conservación do patrimonio urbanístico- arquitectónico", *Revista Galega de Administración Pública*, n. 38, 2004.
- FERNÁNDEZ CARBALLAL, A., *Derecho urbanístico de Galicia*, Civitas, Madrid, 2003.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Manual de derecho urbanístico*, 20.ª ed., La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Las Rozas (Madrid), 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *La rehabilitación urbanística*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- LARUMBE BIURRUN, P. M., "La figura del plan especial. Legislación sobre Centros Históricos", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 57, 1978.
- MORA BONGERA, F., "La protección de los conjuntos históricos a través del planeamiento", *Revista de Derecho Urbanístico*, enero-febrero, 1990.
- PAREJO ALFONSO, L., "La legislación urbanística y la legislación sobre Patrimonio Histórico, instrumentos para la protección de los centros históricos de las ciudades", *Actas*

Regap



ESTUDIOS

*de las jornadas de estudio Recuperación de centros históricos*, Instituto de Estudios Almerienses, Diputación de Almería, Almería, 1993.

PAREJO ALFONSO, L., "Urbanismo y Patrimonio Histórico", *Patrimonio Cultural y Derecho*, n. 2, 1998.

SANZ-PASTOR PALOMEQUE, C. J., "Reflexiones sobre la protección del Patrimonio Cultural Inmobiliario mediante planes de Urbanismo", *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 88, 1984.

Efectos da regularización voluntaria  
en vía administrativa e en vía  
penal tras a Lei orgánica 7/2012

## Efectos de la regularización voluntaria en vía administrativa y en vía penal tras la Ley orgánica 7/2012

Effects of voluntary  
regularization in administrative  
and criminal proceedings after  
the Organic Law 7/2012

56  
Regap

MARÍA PILAR ZAPATA GARCÍA

Universidad de Valladolid

María del Carmen Cámara Barroso

Universidad a Distancia de Madrid – UDIMA

Recibido: 23/04/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



ESTUDIOS

**Resumo:** O obxectivo deste traballo é analizar as modificacións introducidas no delito contra a facenda pública tras a aprobación da Lei orgánica 7/2012, do 27 de decembro, pola que se modifica a Lei orgánica 10/1995, do 23 de novembro, do Código penal, en materia de transparencia e loita contra a fraude fiscal e na Seguridade Social. E, en particular, detallar as referidas á regularización voluntaria tributaria que exime da responsabilidade penal en caso de delito fiscal, analizando os efectos tanto en vía administrativa como en vía penal.

**Palabras clave:** Regularización voluntaria, delito fiscal, prescripción, débeda tributaria, declaración extemporánea, responsabilidade penal.

**Resumen:** El objetivo de este trabajo es analizar las modificaciones introducidas en el delito contra la hacienda pública tras la aprobación de la Ley orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Y, en particular, detallar las referidas a la regularización voluntaria tributaria que exime de la responsabilidad penal en caso de delito fiscal, analizando los efectos tanto en vía administrativa como en vía penal.

**Palabras clave:** Regularización voluntaria, delito fiscal, prescripción, deuda tributaria, declaración extemporánea, responsabilidad penal.

**Abstract:** The objective of this paper is to analyze the modifications introduced in the crime against the Public Treasury after the approval of the Organic Law amending the Spanish Criminal Code on Transparency and Combating Tax and Social Security Fraud (7/2012). And, in particular, to detail those referred to the voluntary tax regularization that exempts from criminal liability in case of a fiscal offense, analyzing the effects both from an administrative and a criminal point of view.

**Key words:** Voluntary regularization, fiscal offense, prescription, tax liability, extemporaneous tax return, criminal liability.

**Sumario:** 1 Introducción. 2 Novedades introducidas en el delito fiscal a través de la LO 7/2012. 2.1 Exigencia del completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria para eximir de responsabilidad. 2.2 Transformación en la natura-

leza jurídica de la regularización y cambios en el proceso administrativo en caso de delito contra la hacienda pública. 3 Efectos de la regularización voluntaria en vía administrativa. 4 Otros efectos de la regularización voluntaria en vía penal. 5 Consideraciones finales.

## 1 Introducción

Cuando hablamos del delito contra la hacienda pública, comúnmente conocido como delito fiscal, resulta recurrente el análisis conjunto del ámbito tributario y del ámbito penal.

Este delito se encuentra regulado en el artículo 305 de la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal (en adelante, CP), en su última redacción dada por la Ley orgánica (en adelante, LO) 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social en los siguientes términos:

«El que, por acción u omisión, defraude a la hacienda pública estatal, autonómica, foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

Por tanto, la ilicitud del delito fiscal está constituida por la infracción de un deber de acción determinado por la legislación tributaria. La conducta típica de infracción del deber presupone la existencia de un obligado tributario al pago de un tributo que no se encuentra expresado en la ley penal, sino que hay que remitirse a la Ley general tributaria, que define tanto el hecho imponible como la obligación tributaria, siendo, por tanto, una ley penal en blanco<sup>1</sup>.

En el ámbito tributario, las infracciones y sanciones tributarias se encuentran reguladas en los artículos 181 al 212 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (en adelante, LGT).

El legislador, en la exposición de motivos de la LO 7/2012, considera que «en el ámbito penal se hace necesaria una profunda revisión de los delitos contra la hacienda pública y contra la Seguridad Social». Con esta ley se realiza una reforma del CP donde se introducen cambios importantes en relación con el delito fiscal, siendo uno de ellos la modificación de la configuración de la regularización voluntaria de la situación tributaria.

Por ello, comentaremos a continuación las novedades introducidas con la aprobación de la LO 7/2012, centrándonos en las establecidas sobre la regularización voluntaria y analizando los efectos de esta en vía administrativa y en vía penal tras la reforma.

---

1 IGLESIAS SEVILLANO señala que «el delito fiscal no es más que una sanción penal a una infracción en principio administrativa y que se determina administrativamente. Y los principios que aplica el derecho administrativo no son tan rigurosos como los del derecho penal, y sí aplican presunciones que en el derecho penal requieren prueba, aunque sea prueba de indicios». (IGLESIAS SEVILLANO, H., "Cuestiones sobre el principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal", *UNED. Revista de Derecho*, n. 19, 2016, p. 750).

## 2 Novedades introducidas en el delito fiscal a través de la LO 7/2012

En la exposición de motivos de la LO 7/2012, se indican varios objetivos de la reforma operada en relación con el delito fiscal.

En primer lugar, la creación de un tipo agravado que ofrezca respuesta a los fraudes de especial gravedad y que eleve la pena de prisión hasta una duración máxima de seis años, lo que a su vez determina que el plazo de prescripción de las infracciones más graves sea de diez años. Así, mediante esta ley se añade al CP el artículo 305 bis, estableciendo el delito fiscal agravado en los siguientes términos:

«El delito contra la hacienda pública será castigado con la pena de prisión de dos a seis años y multa del doble al séxtuplo de la cuota defraudada cuando la defraudación se cometiere concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- a) Que la cuantía de la cuota defraudada exceda de seiscientos mil euros.
- b) Que la defraudación se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal.
- c) Que la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, negocios o instrumentos fiduciarios o paraísos fiscales o territorios de nula tributación oculte o dificulte la determinación de la identidad del obligado tributario o del responsable del delito, la determinación de la cuantía defraudada o del patrimonio del obligado tributario o del responsable del delito».

Un segundo objetivo de esta reforma es el de incrementar las posibilidades de cobro de la deuda tributaria impagada evitando la paralización del procedimiento administrativo por el proceso penal. Para ello se introduce un nuevo apartado que permite a la Administración tributaria continuar con el procedimiento administrativo de liquidación de la deuda tributaria pese a la pendencia del proceso penal. Con esta reforma se trata de eliminar situaciones de privilegio y situar al presunto delincuente en la misma posición que cualquier otro deudor tributario, y al tiempo se incrementa la eficacia de la actuación de control de la Administración: la sola pendencia del proceso judicial no paraliza la acción de cobro pero podrá paralizarla el juez siempre que el pago de la deuda se garantice o que el juez considere que se podrían producir daños de imposible o difícil reparación. Antes de esta reforma, el procedimiento administrativo se paralizaba si la Administración apreciaba indicios de un delito contra la hacienda pública, debiendo pasar el tanto de culpa a la jurisdicción competente o remitir el expediente al Ministerio Fiscal, absteniéndose de seguir con el procedimiento administrativo, que quedaba suspendido hasta que la autoridad judicial dictase sentencia firme<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> En el artículo 180.1 de la LGT se disponía el principio de no concurrencia de sanciones tributarias: «Si la Administración tributaria estimase que la infracción pudiera ser constitutiva de delito contra la hacienda pública, pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente, o remitirá el expediente al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento administrativo, que quedará suspendido mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme, tenga lugar el sobreseimiento o el archivo de las actuaciones o se produzca la devolución del expediente por el Ministerio Fiscal. La sentencia condenatoria de la autoridad judicial impedirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse apreciado la existencia de delito, la Administración tributaria iniciará o continuará sus actuaciones de acuerdo con los hechos que los tribunales hubieran considerado probados, y se reanudará el cómputo del plazo de prescripción en el punto en el que estaba cuando se suspendió. Las actuaciones administrativas realizadas durante el período de suspensión se tendrán por inexistentes». Actualmente se encuentra regulado en el artículo 250 de la LGT, que establece: «Cuando la Administración tributaria aprecie indicios de delito contra la hacienda pública, se continuará la tramitación del procedimiento con arreglo a las normas generales que resulten de aplicación, sin

Por lo que respecta a esta modificación operada en el CP por la LO 7/2012, IGLESIAS CAPELLAS se plantea precisamente si el CP es el lugar adecuado para ubicar unas normas cuyo destinatario no es el ciudadano ni el juez penal, sino la Administración tributaria, hablando incluso de un «exceso de jerarquía normativa carente de justificación»<sup>3</sup>.

Al igual que SÁNCHEZ HUETE, opinamos que el legislador parece ponderar razones de economía procesal y primar los conocimientos que en este ámbito específico posee la Administración para prescindir de dar cuenta y de abrir un ulterior trámite en vía penal, siendo la Administración quien decide sobre la regularización respecto del delito cometido, por lo que no resulta necesario abrir un procedimiento penal ni dar cuenta a la jurisdicción penal<sup>4</sup>.

Este objetivo viene reforzado por la aprobación de la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, de modificación parcial de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria. Desde siempre, las conductas ilícitas incluidas en el derecho penal han sido enjuiciadas y castigadas por los órganos jurisdiccionales, mientras que las conductas incluidas en el ámbito tributario han sido sancionadas por los propios órganos administrativos. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 34/2015, esta afirmación admite ciertas matizaciones.

Compartimos la opinión de LINARES cuando afirma que esta reforma legislativa operada por la Ley 34/2015 «pretende superar el diferente e injustificado trato de favor que la regulación preexistente dispensaba a quien se constituía en presunto autor de un delito contra la hacienda pública frente al mero infractor administrativo, en relación con la obligación que atañía a este último de pagar o garantizar la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo»<sup>5</sup>.

Tal como se señala en la exposición de motivos de la Ley 34/2015, como consecuencia de la reforma de la regulación del delito contra la hacienda pública operada por la LO 7/2012 en el CP, se hacían precisas determinadas modificaciones en la LGT, con el fin de establecer un procedimiento administrativo que permitiese practicar liquidaciones tributarias y efectuar el cobro de estas, aun en los supuestos en que se inicia la tramitación de un procedimiento penal. Luego, a partir de esta reforma, con carácter general, cuando se aprecien indicios de delito en el transcurso de un procedimiento inspector, la regla general es que, a diferencia de lo que ocurría con la regulación anterior, donde el pase del tanto de culpa a la jurisdicción penal paralizaba el procedimiento inspector, la presentación de la denuncia ante el Ministerio Fiscal o, en su caso, de la querrela, deba ir acompañada de una liquidación de lo que se conoce como “cuota defraudada dolosa” (artículo 250 LGT).

Siendo así, una vez remitido el expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción penal, el procedimiento inspector finalizará con la notificación al obligado tributario de la remisión de la liquidación a dicho órgano<sup>6</sup>.

---

perjuicio de que se pase el tanto de culpa a la jurisdicción competente o se remita el expediente al Ministerio Fiscal, y con sujeción a las reglas que se establecen en el presente título...».

3 IGLESIAS CAPELLA, J., “La deuda tributaria y la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública en el Derecho proyectado”, *Impuestos*, n. 17, 2009, pp. 15 y ss.

4 SÁNCHEZ HUETE, M.A., “La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria”, *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 7, 2016, p. 15.

5 LINARES, M.B., “Liquidación tributaria ante indicios de delito fiscal (artículo 305.5 del Código Penal)”, *Revista General de Derecho Penal*, n. 27, 2017, p. 3.

6 Existen excepciones, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 251 LGT, en las que puede procederse a la remisión del expediente al Ministerio Fiscal o a la jurisdicción penal sin la práctica de la liquidación de dicha “cuota defraudada dolosa”.

Con la aprobación del Real decreto 1070/2017, de 29 de diciembre, por el que se modifican el Reglamento general de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, aprobado por el Real decreto 1065/2007, de 27 de julio, que entró en vigor el 1 de enero de 2018, se adapta el Reglamento a la nueva tramitación administrativa del delito contra la hacienda pública, que, como ya hemos señalado, permite la práctica de liquidación administrativa en el seno del procedimiento inspector, la cual se ajustará al resultado del enjuiciamiento penal de la defraudación. Además, se desarrolla la tramitación a seguir cuando esos indicios de delito se aprecien en el curso de un procedimiento inspector, distinguiendo cuándo no procede dictar liquidación y se suspende el procedimiento administrativo, y cuándo procede dictar una liquidación vinculada a delito.

Esta nueva regulación contenida en la LGT trae causa de lo dispuesto en el artículo 305.5 del CP, en el que se establece lo siguiente:

«Cuando la Administración tributaria apreciare indicios de haberse cometido un delito contra la hacienda pública, podrá liquidar de forma separada, por una parte, los conceptos y cuantías que no se encuentren vinculados con el posible delito contra la hacienda pública, y por otra, los que se encuentren vinculados con el posible delito contra la hacienda pública.

La liquidación indicada en primer lugar en el párrafo anterior seguirá la tramitación ordinaria y se sujetará al régimen de recursos propios de toda liquidación tributaria. Y la liquidación que en su caso derive de aquellos conceptos y cuantías que se encuentren vinculados con el posible delito contra la hacienda pública seguirá la tramitación que al efecto establezca la normativa tributaria, sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal.

La existencia del procedimiento penal por delito contra la hacienda pública no paralizará la acción de cobro de la deuda tributaria. Por parte de la Administración tributaria podrán iniciarse las actuaciones dirigidas al cobro, salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución, previa prestación de garantía. Si no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación».

Como vemos, la previsión contenida en el artículo 305.5 CP («podrá liquidar de forma separada») tiene carácter potestativo respecto a la posibilidad de continuar el procedimiento de liquidación o paralizarlo, sin practicar liquidación alguna mientras no exista un procedimiento en sede jurisdiccional. Además, se deja clara la preferencia del orden penal frente al administrativo, «sin perjuicio de que finalmente se ajuste a lo que se decida en el proceso penal».

Siguiendo con las novedades introducidas por la LO 7/2012, se prevén mecanismos para rebajar la pena para los imputados que, una vez iniciado el proceso penal, satisfagan la deuda tributaria o colaboren en la investigación judicial. Se prevé una atenuación de la pena cuando los presuntos responsables de los delitos reconozcan su comisión y satisfagan íntegramente la deuda tributaria o bien colaboren con las autoridades para la averiguación de los hechos y, en su caso, la identificación o captura de otros responsables, siempre y cuando tal reconocimiento, pago y cooperación se produzcan en un breve lapso de tiempo. Con ello, cabría la atenuación específica del artículo. 305.6 CP o la genérica del artículo 21.5 CP.

Regap



ESTUDIOS

En el artículo 305.6 CP se dispone que «los jueces y tribunales podrán imponer al obligado tributario o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda tributaria y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado tributario o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado tributario o de otros responsables del delito».

Este artículo introduce la posibilidad de alcanzar la conformidad, ya en fase de instrucción, recogiendo una circunstancia atenuante específica que permite rebajar la pena en uno o dos grados para aquellos que, en el plazo de dos meses desde que sean citados para prestar declaración, procedan a satisfacer la deuda y reconocer judicialmente los hechos.

Por otro lado, ya existía como circunstancia atenuante la genérica del artículo 21.5 del CP; la de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Como último objetivo de la reforma de la LO 7/2012, se desea evitar la denuncia ante los juzgados de los obligados tributarios que han regularizado, de forma completa y voluntaria, su situación tributaria. Para ello, se efectúa una modificación del artículo 305.4 del CP, estableciendo una nueva configuración de la regularización voluntaria. Teniendo el delito contra la hacienda pública carácter doloso, cuando con posterioridad a la conducta del obligado tributario se produzca un arrepentimiento espontáneo de tal forma que se regularice su situación tributaria de manera voluntaria, aun cuando sea de forma extemporánea, se evita la comisión del delito. Así, en el inciso final del primer párrafo del artículo 305.1 CP se incorpora la descripción de lo ilícito, e incluye literalmente la no regularización como requisito de responsabilidad penal, esto es, se señala que la pena prevista para quien defraude se impondrá «salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo».

La regularización voluntaria se encuentra configurada en el artículo 305.4, que, con anterioridad a la LO 7/2012, simplemente establecía la regularización en los siguientes términos:

«Quedará exento de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, este pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

En opinión de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA, con esta reforma se continúa profundizando en una concepción del derecho penal como un mecanismo más de recaudación, con una eficacia de prevención general negativa mediante la intimidación para intentar no consumir el delito, pero también como elemento persuasivo dirigido a la reparación del perjuicio ya infligido<sup>7</sup>.

Esta legislación generaba muchas dudas en su aplicación; en ella se establecía solamente el límite temporal para la aplicación de la regularización voluntaria, siendo posible en cualquier momento «antes de que la Administración tributaria le notifique el inicio de actuaciones de comprobación (...) o cuando el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias». CARRERAS MANERO, en cuanto al límite temporal de la regularización en el ámbito penal, señala que «es el propio legislador el que ha venido a fijar un concepto normativo de voluntariedad, al concretar el instante antes del cual se presume, *iuris et de iure*, que la misma existe, esto es, no importan los factores o motivos internos por los que se regularice la situación tributaria, sino que esta se produzca antes de unos determinados momentos»<sup>8</sup>.

Pero con la redacción dada del artículo 305.4 CP por la LO 7/2012, con efectos desde el 17 de enero de 2013, se describe la nueva regularización voluntaria de manera mucho más concreta:

«Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias»<sup>9</sup>.

Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.

La regularización por el obligado tributario de su situación tributaria impedirá que se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación con la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria».

7 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., “Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal”, *Diario La Ley*, n. 8052, 2013, p. 8.

8 CARRERAS MANERO, O., “De nuevo sobre los presupuestos temporales de la regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito de defraudación tributaria”, *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 13, 2013, p. 1.

9 En cuanto al hecho de que la regularización sea voluntaria y extemporánea, y antes de que la Administración tributaria le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización, Díez-Ochoa Azagra considera que «de la redacción vigente de este artículo parece desprenderse que dentro del término “actuaciones de comprobación” no se refieren solo al procedimiento inspector sino que estarían incluidos también los procedimientos de verificación de datos y de comprobación limitada» (DÍEZ-OCHOA AZAGRA, J.M., *Derecho tributario y procedimientos de desarrollo* (2). *Comentarios y casos prácticos*, 6.ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017, p. 1711).

Con esta nueva legislación, se establece la exigencia del completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria para eximir de responsabilidad, y la posibilidad de aplicar la regularización cuando se satisfagan deudas tributarias prescritas desde el punto de vista tributario, pero no penal. Con todo esto pasamos a analizar más en profundidad las novedades de la configuración de la regularización voluntaria que consideramos más relevantes.

## 2.1 Exigencia del completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria para eximir de responsabilidad

Como ya hemos señalado, a diferencia de la redacción anterior, en la que se hacía referencia al pago de la cuota tributaria, se exige que la regularización sea completa y vaya acompañada del pago de la deuda; se produce, por tanto, la sustitución de cuota por deuda tributaria. Cabe recordar que la deuda tributaria está integrada por la cuota tributaria o cantidad dejada de ingresar, más los recargos por declaración extemporánea e intereses de demora que pudieran corresponder, según se establece en el artículo 58.2 de la LGT. Así, el nuevo artículo 305.4 CP no solo exige el «completo reconocimiento y pago», sino que este ha de ser de la deuda tributaria y no de la cuota impagada, como ocurría hasta este momento.

Ya antes de 2012, donde legalmente no se requería de modo explícito este pago total de la deuda, la Circular 2/2009, de 4 de mayo, sobre la interpretación del término regularizar en las excusas absolutorias previstas en los apartados 4 del artículo 305 y 3 del artículo 307 del Código penal, de la Fiscalía General del Estado, exigía ese pago para eximir de responsabilidad, además del reconocimiento de la deuda, admitiendo únicamente una atenuación (la genérica del artículo 21.5 del CP) en caso de pago parcial o de falta de pago. También era esta la opinión de la jurisprudencia mayoritaria, aunque la doctrina había mantenido diversas posturas sobre la necesidad o no del pago de la deuda tributaria. Como se dice en la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) 539/2003, de 30 de abril, o en la STS 1336/2002, de 15 de julio, entre otras muchas, regularizar es pagar. Había una parte de la doctrina que vino a considerar que no resultaba imprescindible realizar el pago de la cuota defraudada, junto con la presentación de la declaración complementaria a efectos de aplicar la exención de responsabilidad penal, dado que, en sede tributaria, no se exige llevar a cabo el abono de la deuda pendiente para entender regularizada la situación tributaria, ya que la Administración podrá exigir la deuda correspondiente en vía de apremio<sup>10</sup>.

El Tribunal Supremo, en su STS 192/2006, de 1 de febrero, declara que «regularizar es poner en orden algo que así queda ajustado a la regla por la que se debe regir. Si una persona defrauda a la hacienda pública eludiendo el pago de un impuesto, su situación tributaria solo queda regularizada cuando, reconociendo la defraudación, satisface el impuesto eludido, no pudiendo decirse que ha regularizado su situación por el mero hecho de que, años después de realizarla, reconozca la defraudación...». Y en esa misma línea se pronuncia la STS 636/2003, de 30 de mayo, en la que se declara que «... regularizar es evidentemente un comportamiento activo del contribuyente que supone la asunción de una declaración complementaria y el consiguiente pago», recordando que «el fundamento de la aludida excusa absoluta es la autodenuncia y la reparación. Por lo tanto, no es de aplicar cuando

---

<sup>10</sup> Al respecto, BLÁZQUEZ LIDOY desarrolla algunos argumentos a favor y en contra de exigir el pago para que operara la operatividad de la excusa absoluta. (BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago?", *Revista de Contabilidad y Tributación*, CEF, n. 343, 2011, pp. 87-128.

el sujeto tributario no ha reparado ni se ha autodenunciado; cuando faltan estos comportamientos, la renuncia a la pena carece de fundamento».

Por tanto, con la aprobación de la LO 7/2012 se consagra legalmente la exigencia del pago para que se produzca la regularización.

Pero, si hablamos de pago, en la LGT se establecen distintos mecanismos de pago de la deuda<sup>11</sup>, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA consideran que, dado que en el precepto se habla de pago y no de ingreso, «también surtiría efectos la regularización si, en lugar de realizar el ingreso de la deuda tributaria, se procede a la consignación de la deuda tributaria (artículo 64), o si se consigue su aplazamiento o fraccionamiento (artículo 65)»<sup>12</sup>.

Sobre el particular, en sentido contrario, SÁNCHEZ PEDROCHE considera que el precepto se decanta por el pago completo de la cantidad regularizada (no solo su reconocimiento) «para desterrar comportamientos de pago parcial o fraccionado, tendentes a alcanzar el umbral necesario y evitar así la consideración criminal de la conducta a través del elemento objetivo del tipo penal, es decir, pagar parcialmente con el fin de que la cuota defraudada no alcance los 120.000 euros»<sup>13</sup>.

Con respecto a quién debe realizar el pago, RANCAÑO MARTÍN entiende que «tanto el reconocimiento de la deuda como su pago ha de hacerse por el obligado tributario, ya que con el apartado 4 del artículo 305 del CP no cabe el reconocimiento y pago por un tercero al exigir que tanto uno como otro sean llevados a cabo por aquel»<sup>14</sup>, si bien un sector de la doctrina considera que el reconocimiento debe hacerlo el obligado tributario, pero el pago lo puede realizar en su nombre un tercero, pues de lo contrario chocaría con la finalidad de la reforma, que pretende agilidad y eficacia en la recaudación<sup>15</sup>.

Al respecto, RODRÍGUEZ ALMIRÓN señala que se podría plantear un problema cuando un tercero realiza el pago de deuda tributaria sin consentimiento o con desconocimiento del obligado tributario, puesto que en este caso no existe reconocimiento, como exige el tipo penal, y no sería posible apreciar la regularización al no tratarse de un pago voluntario por parte del sujeto obligado<sup>16</sup>.

En el caso de que se incumpla el requisito de pago total de la deuda tributaria, incluidos los intereses de demora y los eventuales recargos que hubieran podido devengarse, deberá remitirse al Ministerio Fiscal, si bien dicha circunstancia podría operar como atenuante de la responsabilidad penal, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 21.5 CP, como ya hemos comentado arriba. Véase en la STS 340/2012, de 30 de abril, donde la Audiencia Provincial de

11 De acuerdo con lo establecido por el artículo 59 de la LGT, las deudas tributarias podrán extinguirse de las siguientes formas: mediante el pago, por prescripción, por compensación y por condonación.

12 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", cit., p. 4.

13 SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., "La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 391, 2015.

14 RANCAÑO MARTÍN, M.A., "El progresivo distanciamiento dogmático entre el ilícito penal y el ilícito tributario", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 16, 2014, p. 14.

15 MUÑOZ CUESTA, F.J., "La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2013, p. 4.

16 RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., "Aspectos jurídicos controvertidos en los delitos contra la Hacienda Pública", *Revista Doctrinal. Aranzadi*, n. 5, 2017.

Cádiz concede la atenuante de reparación del daño causado, ya que la regularización carece de fundamento, al no haber el sujeto tributario reparado el daño ni haberse autodenunciado.

## 2.2 Transformación en la naturaleza jurídica de la regularización y cambios en el proceso administrativo en caso de delito contra la hacienda pública

Otra de las reformas operada por la LO 7/2012 ha sido una cuestionada transformación en la naturaleza jurídica de la regularización, pasando a constituir una causa de exclusión de la pena –esto es, un elemento del tipo penal– en lugar de una excusa absoluta –una causa de anulación o levantamiento de pena– una vez consumado y cometido el delito.

Se señala en la exposición de motivos de la LO 7/2012 que, en coherencia con esta nueva configuración legal, se disponía la regularización de la situación tributaria «como el verdadero reverso del delito, de manera que, con la regularización, resulte neutralizado no solo el desvalor de la acción, con una declaración completa y veraz, sino también el desvalor del resultado mediante el pago completo de la deuda tributaria y no solamente de la cuota tributaria como ocurre actualmente». Se habla también en la exposición de motivos de un «pleno retorno a la legalidad, poniendo fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el inicial incumplimiento de las obligaciones tributarias; se considera que la regularización de la situación tributaria hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria y así se refleja en la nueva redacción del tipo delictivo que anuda a ese retorno a la legalidad la desaparición del reproche penal».

CALVO VÉRGEZ, para justificar la anterior excusa absoluta, señalaba dos razonamientos, «en primer lugar estimar que la regularización, que representa en definitiva el pago de la deuda tributaria, ha hecho cesar la culpabilidad entendida como dolo». Y, en segundo lugar, «entender que se produce la desaparición de uno de los dos elementos integrantes de la antijuricidad, la lesión, quedando además significativamente atenuado el segundo de estos elementos (la reprobación social)»<sup>17</sup>.

Tras la entrada en vigor de esta ley, se sucedieron opiniones doctrinales incidiendo en que la nueva redacción había modificado sustancialmente la naturaleza de la cláusula de regularización tributaria. Así, MUÑOZ CUESTA considera que se trata de un elemento negativo del tipo<sup>18</sup>. GÓMEZ LANZ también aboga por considerarla una nueva causa de exclusión del injusto<sup>19</sup>. Por su parte, SÁNCHEZ HUETE deduce la consideración de que la regularización es un elemento negativo del tipo; o sea, no se realiza el delito hasta que esta tenga lugar o se enerve tal posibilidad con el requerimiento de la autoridad. Y, si tal regularización constituye un elemento definidor del delito, la Administración ni puede ni debe realizarla, a tenor

17 CALVO VÉRGEZ, J., "Delitos contra la hacienda pública: los delitos de defraudación tributaria y contable a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 11, 2012.

18 MUÑOZ CUESTA, F.J., "La reforma del delito Fiscal operada por la LO 7/2012", cit.

19 GÓMEZ LANZ, F.J., "Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código Penal mediante la Ley Orgánica 7/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología. Extraordinario*, n. 1, 2013, pp. 53-80.

de la competencia que ejerce la autoridad judicial y los efectos que origina. Por tanto, si la regularización elimina la tipicidad, impide el nacimiento del delito<sup>20</sup>.

En palabras de SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA, «el retorno completo a la legalidad (...) ya no se configura como comportamiento posdelictivo reparador, sino como circunstancia que impide la consumación». Siendo así, siguen los autores, «se infringiría el principio de certeza y seguridad jurídica por cuanto la consumación no estaría vinculada a la lesión del bien jurídico, sino a una circunstancia no dependiente del comportamiento típico, como es el inicio de actuaciones administrativas o judiciales que impidan regularizar»<sup>21</sup>.

DE LA MATA BARRANCO considera que nos encontramos ante una especie de causa de «atipicidad sobrevenida»<sup>22</sup>, y CALVO VÉRGEZ considera que la regularización de la situación tributaria es el reverso del delito que neutraliza completamente el desvalor de la conducta y del resultado, considerando que esta regularización hace desaparecer el injusto derivado del inicial incumplimiento de la obligación tributaria, vinculándose a dicho retorno a la legalidad<sup>23</sup>.

Por el contrario, otro sector de la doctrina sostiene que la nueva redacción no supone en absoluto modificación de la naturaleza jurídica de la regularización. Desde una perspectiva dogmática, es difícil asumir que la reparación integral del perjuicio pueda ser considerada como un supuesto de exclusión de la antijuridicidad, como si de una causa de justificación *a posteriori* se tratase, olvidando que el comportamiento antijurídico ya se ha materializado previamente a través de la defraudación inicial. Así lo han entendido algunos autores como BACIGALUPO ZAPATER, que han calificado la medida como una manipulación de las estructuras lógico-sistemáticas del derecho penal o, incluso, como un intento imposible<sup>24</sup>. Para SIMÓN ACOSTA, «la regularización es una excusa absolutoria causa de exclusión de la pena, que no elimina la antijurídica del hecho ya consumado: de otro modo se haría depender la consumación del delito de su descubrimiento». Continúa diciendo que «la regularización e ingreso efectuados después de iniciadas las actuaciones administrativas o penales no tiene como efecto la exclusión de la pena, pero es una circunstancia atenuante que será tenida en cuenta para su graduación dentro del margen legalmente permitido al juez, en los términos previstos por el artículo 66 CP»<sup>25</sup>.

Compartimos la opinión de que no tiene mucho sentido atribuir a un comportamiento posdelictivo, que se basa en la reparación del daño, un alcance que provoque que un comportamiento pase de injusto a justo.

Por su parte, el Tribunal Supremo venía señalando en varias ocasiones, como en la STS 8036/2000, de 6 de noviembre, y la STS 636/2003, de 30 de mayo, que la regularización tenía su fundamento como excusa absolutoria en razones de utilidad, la autodenuncia y la reparación, haciendo suya la tesis de la Fiscalía General del Estado, que entendía que la

20 SÁNCHEZ HUETE, M.A., "La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria", cit.

21 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", cit.

22 DE LA MATA BARRANCO, N.J., "El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas", *Revista General de Derecho Penal*, n. 26, 2016.

23 CALVO VÉRGEZ, J., "El nuevo artículo 305.5 del CP y su compatibilidad con el artículo 180.1 de la LGT", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 3, 2014.

24 BACIGALUPO ZAPATER, E., "La reforma del delito fiscal por la LO 7/2012", *La Ley*, n. 8076, 2013.

25 SIMÓN ACOSTA, E., "Delitos contra la Hacienda Pública", *Manuales Universitarios Aranzadi*, 2017.

regularización era «el envés del delito, anulando no solo el desvalor de acción sino también el desvalor de resultado, de forma que tenga lugar un auténtico retorno a la legalidad» (Circular 2/2009, de 4 de mayo).

Con respecto a terceros partícipes, existe la posible extensión de la excusa absolutoria; tal como se indica en la Consulta 4/1997 de la FGE, «determinando que si el partícipe en el delito ha cooperado de alguna forma en la regularización se verá favorecido por dicha exención de responsabilidad, bastaría cualquier conducta que “favorezca la regularización del deudor tributario, incluyéndose la inducción y el auxilio espiritual”. En el caso de que se hubiera opuesto a la regularización, no le será aplicable. Si, caso contrario, el tercero quiere llevar a cabo la regularización pero el deudor tributario no, no será posible aplicar la exención de responsabilidad».

### 3 Efectos de la regularización voluntaria en vía administrativa

En el ámbito tributario se prevé la regularización de autoliquidaciones y liquidaciones administrativas con posterioridad al fin del periodo voluntario. En aplicación de la LGT, el efecto de la regularización dependerá de si existe o no requerimiento previo por parte de la Administración.

Si se regulariza después del requerimiento, se impondrá una sanción por dejar de ingresar la deuda tributaria que debiera resultar de una autoliquidación (artículo 191 de la LGT) o sanción tributaria por incumplir la obligación de presentar de forma completa y correcta declaraciones o documentos necesarios para practicar liquidaciones (artículo 192 de la LGT). Si existiera arrepentimiento evidenciado con la aceptación de la regularización administrativa, se reduciría la sanción a imponer un 25 por ciento por conformidad (artículo 188 de la LGT).

Pero, como ya hemos comentado, para que se produzca la regulación voluntaria que exime de responsabilidad penal derivada de la comisión de un delito contra la hacienda pública, no debe existir requerimiento previo por parte de la Administración, por lo que nos centraremos en esta opción. Si no existe requerimiento previo, dependerá de si el resultado de la autoliquidación o liquidación administrativa es a ingresar o a devolver. Si es a devolver, se aplicará una sanción por infracción tributaria por no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones, sin que se produzca perjuicio económico, tal como se señala en el artículo 198 de la LGT: «1. Constituye infracción tributaria no presentar en plazo autoliquidaciones o declaraciones, así como los documentos relacionados con las obligaciones aduaneras, siempre que no se haya producido o no se pueda producir perjuicio económico a la hacienda pública. La infracción prevista en este apartado será leve. La sanción consistirá en multa pecuniaria fija de 200 euros. (...)

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si las autoliquidaciones o declaraciones se presentan fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria, la sanción y los límites mínimo y máximo serán la mitad de los previstos en el apartado anterior».

Mientras que, si el resultado de la liquidación o autoliquidación fuera a ingresar, se abren dos opciones (sin imposición de sanciones en ambos casos). Que no se produzca el pago de la deuda; en ese caso se aplicará el recargo del periodo ejecutivo (este es el momento en el tiempo a partir del cual la Administración puede iniciar las actuaciones encaminadas a hacer

efectivo el cumplimiento de la deuda a través del procedimiento de apremio). Su inicio se produce en los términos establecidos en el artículo 161 de la LGT. El periodo ejecutivo se inicia de forma automática el día siguiente de la finalización del periodo voluntario de pago, es decir, el día siguiente de presentar la declaración extemporánea sin ingreso, sin que sea necesaria ninguna notificación, distinguiendo según cuál sea el origen de la deuda tributaria:<sup>26</sup>

- Deudas liquidadas por la Administración tributaria: al día siguiente del vencimiento del plazo establecido en el artículo 62.2 de la LGT.

- Deudas derivadas de una autoliquidación presentada sin realizar el ingreso:

- Autoliquidación presentada en el plazo establecido por la normativa del tributo: al día siguiente de finalizar dicho plazo.

- Autoliquidación presentada al concluir el plazo anterior (autoliquidación extemporánea): al día siguiente de la presentación de la autoliquidación.

Los recargos del período ejecutivo se devengan con el inicio del período ejecutivo y son de tres tipos: el recargo ejecutivo, el recargo de apremio reducido y el recargo de apremio ordinario. Los dos últimos resultan aplicables dentro del procedimiento de apremio, y el primero, el recargo ejecutivo, en los supuestos en que, una vez iniciado el período ejecutivo y antes de iniciarse el procedimiento de apremio, el deudor, de forma espontánea, decide satisfacer la deuda tributaria no pagada en período voluntario. Estos recargos se encuentran recogidos en el artículo 28 de la LGT de la siguiente manera:

«2. El recargo ejecutivo será del cinco por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario antes de la notificación de la providencia de apremio.

3. El recargo de apremio reducido será del 10 por ciento y se aplicará cuando se satisfaga la totalidad de la deuda no ingresada en periodo voluntario y el propio recargo antes de la finalización del plazo previsto en el apartado 5 del artículo 62 de esta ley para las deudas apremiadas.

4. El recargo de apremio ordinario será del 20 por ciento y será aplicable cuando no concurren las circunstancias a las que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo.

5. El recargo de apremio ordinario es compatible con los intereses de demora. Cuando resulte exigible el recargo ejecutivo o el recargo de apremio reducido no se exigirán los intereses de demora devengados desde el inicio del período ejecutivo».

Ahora bien, este cumplimiento espontáneo en período ejecutivo no debe confundirse con el cumplimiento voluntario extemporáneo que se regula en el artículo 27 de la LGT, ya que este último solamente procede si no se ha iniciado el período ejecutivo, es decir, si ha pagado la deuda junto con su presentación. Los recargos por declaración extemporánea son compatibles con los recargos e intereses del periodo ejecutivo cuando los obligados no efectúen el ingreso al tiempo de presentar la autoliquidación extemporánea y siempre que

<sup>26</sup> Existen causas que impiden el inicio del periodo ejecutivo. De un lado, la presentación de una solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación en periodo voluntario; de otro, la interposición de un recurso o reclamación en tiempo y forma contra una sanción.

no hayan presentado solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de presentar dicha autoliquidación, ya que la deuda, como ya hemos comentado, entra en período ejecutivo al día siguiente de la presentación de la autoliquidación. Se abre así un segundo caso en el que, sin existir requerimiento previo, el obligado tributario presenta declaración extemporánea y procede al mismo tiempo a su pago.

De acuerdo con la normativa vigente sobre el régimen de declaraciones extemporáneas, regulado en el artículo 27 de la LGT, coincidimos con SOTO BERNABEU al indicar que constituye una oportunidad permanente que nuestro ordenamiento jurídico proporciona al contribuyente para que regularice voluntariamente su situación tributaria aceptando una serie de condiciones, y siempre que no haya mediado requerimiento previo de la Administración<sup>27</sup>.

Por el contrario, para GARCÍA DÍEZ esta forma de proceder puede provocar situaciones injustas si se compara con la consecuencia natural que se deduce del incumplimiento de cualquier norma tributaria, esto es, la incoación del procedimiento sancionador tributario, en donde el administrado tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Consecuentemente, continúa diciendo, pueden darse casos en que sea preferible la instrucción de un expediente sancionador a la aplicación automática de un recargo por presentación extemporánea<sup>28</sup>.

En el artículo 27 de la LGT se establecen unos recargos que son prestaciones accesorias que deben satisfacer los obligados tributarios como consecuencia de la presentación de autoliquidaciones o declaraciones fuera de plazo sin requerimiento previo de la Administración tributaria. Estos recargos varían en función del tiempo transcurrido desde la finalización del plazo establecido para la presentación e ingreso hasta la presentación de la declaración extemporánea. Así, se establece un recargo del 5, 10 o 15 % si la declaración extemporánea se presenta dentro de los 3, 6 o 12 meses siguientes a la finalización del plazo, respectivamente, no exigiéndose ni intereses de demora ni sanciones. Por el contrario, sí existirán intereses de demora si la declaración extemporánea se presenta transcurridos más de 12 meses desde el término del plazo establecido para la presentación e ingreso, y se aplicara un recargo del 20 % en este último caso. Los intereses de demora se exigirán desde el día siguiente al término de los 12 meses posteriores a la finalización del plazo, sin la imposición de sanciones.

Estos recargos podrán tener una reducción del 25 % siempre que se produzca el ingreso total del importe de la declaración extemporánea o aplazamiento o fraccionamiento si la garantía consiste en aval o seguro de caución, y se produce el ingreso del recargo correspondiente con la reducción en el plazo que se inicia con la notificación de la liquidación de dicho recargo.

En sede tributaria, se establece la posibilidad de aplicar dicho precepto a las autoliquidaciones presentadas fuera de plazo sin ingreso al establecer en el apartado 3 del artículo 27 de la LGT que, cuando los obligados tributarios no efectúen el ingreso ni presenten solicitud de aplazamiento, fraccionamiento o compensación al tiempo de la presentación de la autoliquidación extemporánea, la liquidación que proceda por recargos e intereses de demora derivados de la presentación extemporánea no impedirá la exigencia de los recargos e intereses de demora del periodo ejecutivo que correspondan. Por tanto, en la aplicación de

27 SOTO BERNABEU, L., "Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria", *Crónica Tributaria*, n. 162, 2017, pp. 215-227.

28 Se plantea la oportunidad de establecer un procedimiento específico de imposición del referido recargo que permita al obligado tributario justificar su comportamiento tributario y, en última instancia, evitar la aplicación de este (GARCÍA DÍEZ, C., "Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 3, 2014, p. 1).

los recargos del artículo 27 de la LGT no se exige el ingreso de la cuota tributaria, cosa que sí sucede para que se reconozca la regularización, que, como ya hemos comentado, tanto en el CP como en la LGT, el legislador exige el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes del requerimiento. Es importante señalar que el reconocimiento no elimina la realización del hecho imponible.

Luego, a un contribuyente que haya cometido un delito contra la hacienda pública y realice la regularización voluntaria presentando y pagando la declaración extemporánea correspondiente, y siempre que no haya requerimiento previo por la Administración y que no esté prescrito en vía administrativa, le serán de aplicación los recargos del artículo 27 LGT, sin ninguna otra sanción. Se establece también un plazo máximo indeterminado que finalizará con la prescripción; es decir, existirá plazo hasta que medie requerimiento previo, y define como tal «cualquier actuación administrativa realizada con conocimiento formal del obligado tributario conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria». Nos encontramos, como señala GARCÍA DÍEZ, con dos elementos, uno de carácter material, que alude a la existencia de cualquier actuación administrativa conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de la deuda tributaria. Y un segundo elemento formal, que requiere que las actuaciones administrativas, que hacen desaparecer la espontaneidad del obligado tributario, se efectúen con el conocimiento formal de este; esto es, que las mismas le sean notificadas conforme a derecho, en los términos que establecen los artículos 109 a 112 de la LGT<sup>29</sup>.

Hasta aquí no hubo cambio con las últimas reformas realizadas en la regularización voluntaria. Pero sí afecto al caso especial en el que se produce la presentación extemporánea una vez prescrito el derecho por parte de la Administración a determinar la deuda y a exigir el pago de esta. Este caso tiene especial relevancia, ya que, si presentamos una declaración extemporánea y esta ha prescrito, se produce un ingreso indebido, por lo que el deudor tributario podría solicitar su devolución, a través del procedimiento para la devolución de ingresos indebidos regulado en el artículo 221 de la LGT.

Desde la aprobación del Real decreto ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, ya se establecía en el artículo 180.2 de la LGT que la regularización resultaba aplicable también en aquellos supuestos en que se hubieran satisfecho deudas tributarias, una vez prescrito el derecho de la Administración.

La prescripción es un instituto jurídico que se encuentra regulado en los artículos 66 a 70 de la LGT, donde se establece que el plazo de prescripción del derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación y el derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas será de 4 años, mientras que para los delitos contra la hacienda pública el artículo 131 del CP distingue entre el general y el agravado. El general será el que ha supuesto una defraudación de más de 120.000 € de cuota, y la prescripción sería a los 5 años. El agravado es aquel en que la cuantía de la cuota defraudada exceda de 600.000 € o se haya cometido la defraudación en el seno de una organización o de un grupo criminal, y la prescripción sería

29 GARCÍA DÍEZ, C., "Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria", cit., p. 6-7.

a los diez años y no a los cinco<sup>30</sup>. La prescripción tiene como objetivo garantizar el principio de seguridad jurídica establecido en el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978. El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 27/1981, de 20 de julio, ha definido la seguridad jurídica como «suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad, pero que, si se agotara en la adición de estos principios, no hubiera precisado de ser formulada expresamente. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad».

Las disfunciones que existen entre los periodos de prescripción en el ámbito tributario y la prescripción en el ámbito penal del delito contra la hacienda pública hacen que puedan darse situaciones que han creado gran controversia a la hora de su aplicación. Centrándonos en el caso general, nos encontramos con un “quinto año” en el que estará prescrito el derecho de la Administración a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, así como el derecho a exigir el pago de la deuda tributaria, pero no estará prescrito el delito fiscal.

Anteriormente a estas últimas reformas, tanto del CP como de la LGT, había múltiples dudas respecto a la regularización voluntaria debido a la diferencia de plazos, surgiendo problemas que permitieron que, en el año de diferencia, se presentasen y pagasen declaraciones por las que se obtenía la absolucón penal, pretendiéndose posteriormente la devolución de ingresos indebidos, además de la posible apreciación de oficio de la prescripción de la deuda, etc.<sup>31</sup>.

Aunque en la jurisprudencia ya se venía indicando, como se indica en la STS 2316/2003, de 3 de abril, nada tiene que ver la prescripción de la deuda tributaria con la prescripción penal, y se señala que, producida la prescripción de la deuda tributaria, de ella no se sigue en absoluto como efecto necesario la automática desaparición de todo bien jurídico merecedor de tutela. En la actualidad queda ya plasmada legalmente la posibilidad de la regularización voluntaria una vez prescrito el derecho por parte de la Administración en ambos ámbitos, sin posibilidad de solicitar devolución de ingresos indebidos.

Actualmente, en el ámbito tributario se establece literalmente en el artículo 252 LGT: «(...) será también de aplicación cuando la regularización se hubiese producido una vez prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria».

Asimismo, en el ámbito penal, en el artículo 305 CP se señala que «... los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa».

Todo ello queda reforzado tras la modificación introducida por el Real decreto ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se incluyen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público, estableciéndose en el artículo 221.1.c) de la LGT el rechazo a la consideración de ingresos indebidos de las cantidades pagadas que hayan

30 Además, con la Ley 34/2015 se modificó el plazo del derecho de la Administración para iniciar el procedimiento de comprobación de las bases o cuotas compensadas o pendientes de compensación o de deducciones aplicadas o pendientes de aplicación, que prescribirá a los diez años.

31 Ver más al respecto en FALCÓN Y TELLA, R., “La regularización del «quinto año»”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 4, 2012, pp. 7-11, y SOTO BERNABEU, L., “Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria”, cit.

servido para obtener la exoneración de responsabilidad, y «en ningún caso se devolverán las cantidades satisfechas en la regularización voluntaria», ya que anteriormente la LGT solo regulaba como una de las causas de la devolución de ingresos indebidos cuando se hubieran ingresado cantidades correspondientes a deudas o sanciones tributarias después de haber transcurrido los plazos de prescripción.

Por lo que en la actualidad no quedan dudas al respecto, y se podrá regularizar una deuda tributaria que estuviera ya prescrita si todavía no lo ha hecho en el ámbito penal sin derecho a obtener la devolución de ingresos indebidos. La reciente STS n. 1146/2017, de 29 de junio, ha respaldado definitivamente los argumentos que tanto instancias administrativas como judiciales venían aportando para negar estas pretensiones. Así, el tribunal dice:

«... ante las circunstancias concurrentes, la actuación del recurrente, pretendiendo la solicitud de devolución, después del pronunciamiento de la jurisdicción penal, resultaría contraria a sus propios actos y hasta podría calificarse como fraude de ley (...).

En definitiva, hay que concluir que el ingreso nunca tuvo el carácter de indebido, sino que, como señala la sentencia recurrida, fue debido, como así lo consideró el orden penal para la aplicación de la excusa absolutoria».

Al igual que señala BENÍTEZ CLERIE, opinamos que son dos grandes las novedades respecto a esta afirmación que entiende debido el ingreso; «por un lado, se entiende que supondría ir contra los propios actos del contribuyente el hecho de solicitar la devolución de unos ingresos de los que se aprovechó (para obtener efectos jurídicos penales beneficiosos); por otro, se plantea la posibilidad de entender como de mala fe la solicitud de devolución de ingresos indebidos realizada con el fin de, una vez aplicada la excusa absolutoria, poder obtener la devolución del ingreso aplicado a tal efecto»<sup>32</sup>.

## 4 Otros efectos de la regularización voluntaria en vía penal

Todos los cambios comentados han afectado también a los efectos de la regularización en el ámbito penal. De un lado, como ya se ha comentado, se produce un cambio en la naturaleza jurídica de la regularización voluntaria. La actual regulación del delito de defraudación fiscal impide afirmar la existencia de un injusto típico si la regularización se ha producido. Estamos, por tanto, ante una especie de causa de atipicidad sobrevinida, eliminándose las referencias de excusa absolutoria.

Este cambio afecta en primer lugar a la extensión de la ausencia de responsabilidad en relación con otros delitos, ya que se incluye en el artículo 305.4 del CP que la regularización impedirá que se persiga al obligado tributario por irregularidades contables o falsedades instrumentales que haya cometido en relación con la deuda tributaria en cuestión, aunque la deuda objeto de regularización sea inferior a ciento veinte mil euros, no por otras falsedades que nada tengan que ver con la defraudación. Y desaparece la posibilidad de blanqueo de capitales al eliminar con la regularización el injusto o la ilicitud del hecho.

32 BENÍTEZ CLERIE, P., "El «recurso del quinto año»: la corrección definitiva del ingenio", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 418, 2017, p. E17.

También afecta a la extensión de las consecuencias de la regularización a otros sujetos, ya que anteriormente la exención de responsabilidad no podía extenderse a los partícipes implicados en el delito. Así lo entendía la Consulta 4/1997 de la FGE, que aceptaba en todo caso una atenuación. En la actualidad el principio de accesoriedad limitada en la participación impide, por inexistencia de hecho injusto, exigir responsabilidad alguna a quien interviene en la defraudación.

Con respecto a la perfección del delito, aunque en la práctica sí hay regularización, no se plantea problema alguno sobre el momento de consumación del delito porque este no se persigue. Podría plantearse un conflicto, ya que al producirse la ausencia de lo injusto no es posible la consumación del delito hasta el último momento en que sea admisible la regularización.

Por otro lado, los efectos de esta nueva regularización voluntaria vienen reforzados con la aprobación de la Ley 34/2015. Con anterioridad a la publicación de esta ley, la regularización voluntaria respecto de los delitos contra la hacienda pública se establecía en el artículo 180.2 de la LGT en su redacción dada por el Real decreto ley 12/2012<sup>33</sup>, configurándose como una excepción al deber general de denuncia del artículo 262 del Real decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de enjuiciamiento criminal. Esta configuración era incompatible con el artículo 180.1 de la citada ley, al determinar la paralización de las actuaciones administrativas sin otras consecuencias tributarias a corto plazo.

Con esta configuración de la regularización, como indica GARCÍA DÍEZ, no dejaba claro si la regularización administrativa tenía o no carácter indisponible para la Administración tributaria, es decir, si aquella estaba o no obligada a denunciar a la autoridad penal, ya que dicho precepto solo preveía que en tales casos «la Administración “podrá” continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal», por lo que «defendía la necesidad de una reforma que establecería el carácter obligatorio de esta regularización con trascendencia penal con la finalidad de evitar cualquier tentación consistente en utilizar el artículo 180.2 de la LGT como instrumento de presión ante los obligados tributarios»<sup>34</sup>. En este mismo sentido, FALCÓN Y TELLA manifestó que hubiera sido mejor establecer que la Administración “deberá” proseguir las actuaciones en vía administrativa a fin de garantizar que en los supuestos de regularización no se inician actuaciones penales<sup>35</sup>.

Para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO y MERINO JARA, con la reforma de la LO 7/2012, la regularización voluntaria exonera a la Administración de la carga de demostrar procesalmente la existencia del delito; sobre todo, la libera de esperar a que concluya un proceso penal para ejecutar el cobro. Y también con la exigencia expresa del pago como requisito

33 Artículo 180.2 de la LGT en su redacción dada por el Real decreto ley 12/2012, de 30 de marzo: «Si la Administración tributaria estimase que el obligado tributario, antes de que se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación, ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, la regularización practicada le exoneraría de su responsabilidad penal, aunque la infracción en su día cometida pudiera ser constitutiva de delito contra la Hacienda Pública, y la Administración podrá continuar con el procedimiento administrativo sin pasar el tanto de culpa a la autoridad judicial ni al Ministerio Fiscal. Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas tributarias una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación».

34 GARCÍA DÍEZ, C., “Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria”, cit., p. 19.

35 FALCÓN Y TELLA, R., “Las formulas transitorias de regularización establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8 % y del 10”, *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 8, 2012, p. 4.

de la regularización se realiza una percepción segura de la correspondiente deuda tributaria, algo que una simple condena penal no alcanzaría a garantizar<sup>36</sup>.

Con la aprobación de la Ley 34/2015, este problema se zanja con la incorporación del artículo 252 a la LGT, que modifica la regularización voluntaria. Para alinear lo dispuesto en la LGT al CP, se dispone lo siguiente:

«La Administración tributaria no pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente ni remitirá el expediente al Ministerio Fiscal, salvo que conste que el obligado tributario no ha regularizado su situación tributaria mediante el completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria antes de que se le hubiera notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de la deuda tributaria objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate interponga querrela o denuncia contra aquel dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La deuda tributaria se entiende integrada por los elementos a los que se refiere el artículo 58 de esta ley, debiendo proceder el obligado tributario a la autoliquidación e ingreso simultáneo tanto de la cuota como de los intereses de demora y de los recargos legalmente devengados a la fecha de ingreso. No obstante, cuando los tributos regularizados voluntariamente no se exijan por el procedimiento de autoliquidación, el obligado tributario deberá presentar la declaración correspondiente, procediendo al ingreso de la totalidad de la deuda tributaria liquidada por la Administración en el plazo para el pago establecido en la normativa tributaria.

Lo dispuesto en este artículo resultará también de aplicación cuando la regularización se hubiese producido una vez prescrito el derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria.

Para establecer la existencia del completo reconocimiento y pago a que se refiere el primer párrafo de este artículo, la Administración tributaria podrá desarrollar las actuaciones de comprobación e investigación que resulten procedentes, aun en el caso de que las mismas afecten a periodos y conceptos tributarios respecto de los que se hubiese producido la prescripción regulada en el artículo 66.a) de esta ley».

Entendemos que, en el mismo sentido de la reforma operada en el artículo 305.5 CP por la LO 7/2012 y en el título VI de la LGT por la Ley 34/2015, la justificación de esta reforma realizada sobre el instituto de la regularización voluntaria es la de evitar un perjuicio patrimonial a la hacienda pública sin necesidad de acudir al procedimiento penal. Parece que estamos ante una decisión administrativa que busca más el ingreso y la recaudación que el decidir sobre la regularización penal. Para SÁNCHEZ HUETE, la regulación del artículo 252 de la LGT no puede verse como un desarrollo de la previsión del artículo 305 del CP; «únicamente afirma que la Administración puede actuar sin necesidad de dar cuenta del inicio de las actuaciones a la jurisdicción. Pero, una vez concluidas, y si han de tener efectos penales, el juez debe

36 SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", cit.

conocer, convalidar y homologar en su caso la decisión previa», ya que si no carecería de efectos más allá del propio ámbito administrativo<sup>37</sup>.

## 5 Consideraciones finales

Se desprende de las páginas anteriores que con la aprobación de la LO 7/2012 se modifica una parte importante de la regulación del delito contra la hacienda pública regulado en el CP con grandes implicaciones en el ámbito tributario. Por un lado, primando razones de economía procesal, permitiendo a la Administración tributaria continuar con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda tributaria pese a la pendency del proceso penal. Y, por otro, con fines más bien recaudatorios, se establece una nueva configuración legal de la regularización, como el pleno retorno a la legalidad que pone fin a la lesión provisional del bien jurídico protegido producida por la defraudación consumada con el incumplimiento inicial de las obligaciones tributarias, mediante el pago completo de la deuda tributaria. Todo ello implica diferentes efectos en el ámbito tributario y en el penal, como hemos podido comprobar.

## Bibliografía

- BACIGALUPO ZAPATER, E., "La reforma del delito fiscal por la LO 7/2012", *La Ley*, n. 8076, 2013.
- BENÍTEZ CLERIE, P., "El «recurso del quinto año»: la corrección definitiva del ingenio", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 418, 2017.
- BLÁZQUEZ LIDOY, A., "Regularización del delito fiscal: ¿es necesario el pago?", *Revista de Contabilidad y Tributación, CEF*, n. 343, 2011.
- CALVO VÉRGEZ, J., "Delitos contra la hacienda pública: los delitos de defraudación tributaria y contable a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 11, 2012.
- CALVO VÉRGEZ, J., "El nuevo artículo 305.5 del CP y su compatibilidad con el artículo 180.1 de la LGT", *Revista Doctrinal Aranzadi*, n. 3, 2014.
- CARRERAS MANERO, O., "De nuevo sobre los presupuestos temporales de la regularización tributaria como causa de exención de la responsabilidad penal en el delito de defraudación tributaria", *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 13, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., "El delito fiscal del artículo 305 CP después de las reformas de 2010, 2012 y 2015: algunas cuestiones, viejas y nuevas, todavía controvertidas", *Revista General de Derecho Penal*, n. 26, 2016.
- DÍEZ-OCHOA AZAGRA, J. M., *Derecho tributario y procedimientos de desarrollo (2). Comentarios y casos prácticos*, 6.ª ed., Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2017.

---

37 SÁNCHEZ HUETE, M.A., "La Administración tributaria ante el delito. La nueva regularización voluntaria", cit.

- FALCÓN Y TELLA, R., "La regularización del «quinto año»", *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 4, 2012.
- FALCÓN Y TELLA, R., "Las formulas transitorias de regularización establecidas por el RD Ley 12/2012, de reducción del déficit: los gravámenes especiales del 8% y del 10", *Quincena Fiscal. Aranzadi*, n. 8, 2012.
- GARCÍA DÍEZ, C., "Recargos por presentación extemporánea e interpretación razonable de la norma tributaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 3, 2014.
- GÓMEZ LANZ, F.J., "Dos cuestiones recientes en torno a la regularización tributaria. La declaración tributaria especial de marzo de 2012 y la reforma del artículo 305 del Código penal mediante la Ley orgánica 7/2012", *Revista de Derecho Penal y Criminología Extraordinario*, n. 1, 2013.
- IGLESIAS CAPELLA, J., "La deuda tributaria y la responsabilidad civil por delito contra la hacienda pública en el Derecho proyectado", *Impuestos*, n. 17, 2009,
- IGLESIAS SEVILLANO, H., "Cuestiones sobre el principio de legalidad, ley penal en blanco y presunciones en el delito fiscal", *UNED. Revista de Derecho*, n. 19, 2016.
- LINARES, M.B., "Liquidación tributaria ante indicios de delito fiscal (artículo 305.5 del Código penal)", *Revista General de Derecho Penal*, n. 27, 2017.
- MUÑOZ CUESTA, F.J., "La reforma del delito fiscal operada por LO 7/2012, de 27 de diciembre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2013.
- RANCAÑO MARTÍN, M.A., "El progresivo distanciamiento dogmático entre el ilícito penal y el ilícito tributario", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 16, 2014.
- RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F.J., "Aspectos jurídicos controvertidos en los delitos contra la hacienda pública", *Revista Doctrinal. Aranzadi*, n. 5, 2017.
- SÁNCHEZ HUETE, M.A., "La Administración tributaria ante al delito. La nueva regularización voluntaria", *Revista Quincenal Fiscal. Aranzadi*, n. 7, 2016.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, J.A., "La reforma parcial de la Ley General Tributaria operada por la Ley 34/2015", *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n. 391, 2015.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L., y MERINO JARA, I., "Pasado, presente y futuro de las regularizaciones tributarias en Derecho Penal", *Diario La Ley*, n. 8052, 2013.
- SIMÓN ACOSTA, E., "Delitos contra la hacienda pública", *Manuales Universitarios Aranzadi*, 2017.
- SOTO BERNABEU, L., "Los efectos de la presentación fuera de plazo, transcurrido el plazo de prescripción, de una declaración o autoliquidación extemporánea bajo el régimen del artículo 27 de la Ley General Tributaria", *Crónica Tributaria*, n. 162, 2017.



# Regap

## Notas

# 2



## Cuestións xurídicas sobre a celebración dunha consulta popular municipal

### Cuestiones jurídicas en torno a la celebración de una consulta popular municipal

#### Legal issues about a local popular consultation



MARTA GARCÍA PÉREZ

Profesora titular de Derecho Administrativo, Universidad de A Coruña  
Directora de la Asesoría Jurídica Municipal, Ayuntamiento de A Coruña  
martag.perez@coruna.es

Recibido: 12/09/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

**Resumo:** Este traballo pretende clarificar o concepto, a natureza e o réxime xurídico das consultas populares municipais, cuestionadas e controvertidas especialmente a partir de diversos pronunciamentos do Tribunal Constitucional ditados a partir do ano 2008. O estudo dunha normativa desfasada e da xurisprudencia, rica en casuística e matices, dá claridade a unha ferramenta esencial nas políticas participativas dos gobernos locais.

**Palabras clave:** Referendo, participación, consulta, democracia, Administración local.

**Resumen:** Este trabajo pretende clarificar el concepto, la naturaleza y el régimen jurídico de las consultas populares municipales, cuestionadas y controvertidas especialmente a partir de diversos pronunciamentos del Tribunal Constitucional dictados a partir del año 2008. El estudio de una normativa desfasada y de la jurisprudencia, rica en casuística y matices, da claridad a una herramienta esencial en las políticas participativas de los gobiernos locales.

**Palabras clave:** Referéndum, participación, consulta, democracia, Administración local.

**Abstract:** This paper aims to clarify the concept, the legal nature and the legal regime of the municipal popular consultations, questioned and controversial especially from various pronouncements of the Constitutional Court from 2008. The study of outdated regulations and jurisprudence, rich in nuances and cases, give clarity to an essential tool in the participatory policy of local governments.

**Key words:** Referendum, participation, consultation, democracy, local government.

**Sumario:** 1 Concepto y naturaleza jurídica de la consulta popular. 2 Régimen jurídico de la consulta popular municipal. 2.1 Régimen competencial y marco normativo. 2.2 Objeto de la consulta. 2.2.1 Asuntos de competencia propia municipal y de carácter local. 2.2.2 Exclusión de los asuntos relativos a la Hacienda local. 2.2.3 Especial relevancia para los intereses de los vecinos. 2.3 Los sujetos de la consulta. 2.3.1 Los vecinos. 2.3.2 El alcalde. 2.3.3 El pleno. 2.3.4 La Xunta de Galicia. 2.3.5 El Gobierno. 2.4 El planteamiento de la/s pregunta/s. 2.5 Los límites de la consulta. 2.6 Carácter no vinculante del resultado. 2.7 Cuestiones procedimentales.

# 1 Concepto y naturaleza jurídica de la consulta popular

La Ley 7/1985, de 2 de mayo, reguladora de las bases del régimen local, establece en su artículo 71 que *“de conformidad con la legislación del Estado y de la Comunidad Autónoma, cuando ésta tenga competencia estatutariamente atribuida para ello, los Alcaldes, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno y autorización del Gobierno de la Nación, podrán someter a consulta popular aquellos asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”*.

Esta potestad reconocida a los alcaldes de someter a consulta popular asuntos de competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos ha pasado discretamente inadvertida durante años, tanto por su escasa puesta en práctica como por la residual conflictividad resultante de esta, limitada, de modo general, a las causas de denegación de la exigida autorización gubernamental.

En la última década, por el contrario, especialmente a partir de la entrada en vigor de los estatutos de autonomía de nueva generación<sup>1</sup> y la aprobación de leyes autonómicas reguladoras de consultas populares, el mecanismo de la consulta popular municipal se vio arrastrado por un intenso debate sobre el propio concepto de “consulta popular” en confrontación al de “referéndum”<sup>2</sup> y la posible categorización de la primera como “referendaria” y “no referendaria”<sup>3</sup>.

Efectivamente, hasta ese momento la polémica resultaba extraña a la singularidad local, en la que la doctrina mayoritaria coincidía en afirmar que las consultas populares no eran referendums, sino instrumentos de participación ciudadana con un régimen substantivo propio recogido en el artículo 71 de la LBRL<sup>4</sup>, amparándose, además, en el tenor literal de la disposición adicional de la *Lei orgánica 2/1980, do 18 de xaneiro, sobre a regulación das distintas modalidades de referendo*, que había optado por dejar fuera de su ámbito de aplicación expresamente las consultas populares municipales al establecer que *“As disposicións da presente Lei non alcanzan na súa regulación ás consultas populares que poidan celebrarse polos concellos, relativas a asuntos relevantes de indole municipal, nos seus respectivos territorios, de acordo coa lexislación de réxime local, e a salvo, en todo caso, a competencia exclusiva do Estado para a súa autorización”*.

La jurisprudencia sostuvo la misma posición, entendiendo que la cuestión clave para resolver las dudas sobre la naturaleza jurídica de las consultas populares municipales no pasaba por su configuración como referéndum, por tener este un fundamento constitucional distinto a aquellas. Así, por ejemplo, lo establecía el Tribunal Supremo en el año 2000:

---

1 Especialmente el Estatuto de autonomía de Cataluña, aprobado por la LO 6/2006, de 19 de julio; de Andalucía, aprobado por la LO 2/2007, de 19 de marzo; y de Aragón, aprobado por la LO 5/2007, de 20 de abril.

2 Vid. extensamente BUENO ARMIJO, A., “Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial”, *Revista de Administración Pública*, n. 177, 2008, pp. 195-228; CARRASCO DURÁN, M., “Referéndum vs. consulta”, *Revista de Estudios Políticos, nueva época*, n. 160, 2013, pp. 13-41.

3 Habitualmente se utiliza la expresión “referendaria”, “referendaria” o “referendaria” para hacer referencia a la consulta popular bajo la modalidad de referéndum. La última de las acepciones no está recogida en el Diccionario de la RAE, por lo que no se empleará en el texto, salvo que se trate de mantener una cita textual.

4 Vid. una exposición de las posiciones en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, *Anuario del Gobierno local*, 2010, pp. 447 y ss.

“[...] El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación «que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo» (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa y no una mera manifestación «del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente», que lo ha formalizado como «un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos» (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE). Las formas de participación no reconducibles a las que se conectan con el derecho fundamental reconocido en el art. 23.2 CE son «formas de participación que difieren [de aquéllas] no sólo en cuanto a su justificación u origen, sino también respecto de su eficacia jurídica que, por otra parte, dependerá en la mayoría de los casos de lo que disponga el legislador (aunque en su labor configuradora esté sometido a límites como los derivados de la interdicción de la arbitrariedad –art. 9.3 CE– y del derecho de igualdad –art. 14 CE–). No puede aceptarse, sin embargo, que sean manifestaciones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 de la Constitución, pues no sólo se hallan contempladas en preceptos diferentes de la Constitución, sino que tales preceptos obedecen a manifestaciones de una ratio bien distinta: en el art. 23.1 C.E. se trata de las modalidades –representativa y directa– de lo que en el mundo occidental se conoce por democracia política, forma de participación inorgánica que expresa la voluntad general» (STC 119/1995, FJ 4), en la que no tienen cabida otras formas de participación en las que se articulan voluntades particulares o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral” (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero de 2000, rec. 404/1998).

En el año 2008, la aprobación por el Parlamento Vasco de la *Ley 9/2008, de 27 de junio, de convocatoria y regulación de una consulta popular con el objetivo de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política*, provocó un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que marcaría el debate de los años sucesivos. Dicha ley partía de la diferenciación entre los distintos tipos de referéndums previstos en la Constitución y las consultas de ámbito autonómico no mencionadas en ella, a las que consideraba como una subespecie del género referéndum. Siguiendo el esquema de la ley, a las últimas no les resultarían de aplicación las previsiones constitucionales relativas a la autorización y convocatoria del referéndum (arts. 92 y 149.1.32.<sup>ª</sup> CE). Interpuesto recurso de inconstitucionalidad por el presidente del Gobierno, se dictó la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que no solo confirmó la necesidad de distinguir entre referéndum y otros tipos de consultas, sino que introdujo un razonamiento opuesto al del legislador autonómico: *el referéndum es una especie del género consulta popular*<sup>5</sup>.

Poco tiempo después, el TC ratificaba su doctrina a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Estatuto de autonomía de Cataluña (*Ley orgánica 6/2006, de 19*

5 La sentencia fue muy comentada. Entre otros, *vid.* IBÁÑEZ MACÍAS, A., “¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2009, BIB 2009/412; LÓPEZ BASAGUREN, A., “Sobre referéndum y comunidades autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)”, *Revista d’Estudis Autonòmics i Federals*, n. 9, octubre 2009, pp. 202-240.

de mayo), que coincidía con el de Andalucía y Aragón en establecer la competencia exclusiva de la comunidad autónoma o de los entes locales para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y *cualquier otro instrumento de convocatoria popular*<sup>6</sup>. Detrás de esta atribución estatutaria estaba el propósito confeso de dinamizar la democracia participativa creando ámbitos en los que no resultaba aplicable el régimen jurídico establecido para los referéndums, especialmente la obtención de la autorización estatal para su convocatoria<sup>7</sup>. En la STC 31/2010, de 28 de junio, el TC reforzó su posición, que reiteró y completó en los siguientes términos<sup>8</sup>:

*“Los recurrentes parten de la idea de que no es posible distinguir, como hace el precepto impugnado, entre «consultas populares» y «referéndum», y sobre esa base defienden que la autorización estatal prevista en el art. 149.1.32 CE es necesaria en todo caso. Sin embargo, hemos dicho en la STC 103/2008, de 11 de septiembre, que «[y]l referéndum es ... una especie del género “consulta popular” ... cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, F.10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio)».* (STC 103/2008, F. 2).

*Caben, pues, consultas populares no referendarias mediante las cuales «se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, F. 2) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (F. 4) respecto de todo tipo de consultas, al margen de la prevista en el art. 168 CE. Las encuestas, audiencias públicas y foros de participación a los que se refiere el art. 122 EAC tienen perfecto encaje en aquel género que, como especies distintas, comparten con el referéndum...”*

En definitiva, para el TC, entre consultas populares y referéndums existe una relación del tipo “género-especie”, de modo que las consultas populares serían el género, dentro del que se encontrarían, entre otras especies, los referéndums. Sentada esa afirmación, la clave de la distinción entre el referéndum y el resto de las consultas populares descansa sobre un criterio orgánico-procedimental<sup>9</sup>:

– El referéndum se diferencia de la consulta no referendaria porque supone un llamamiento a *todo el cuerpo electoral*, siendo propio de las consultas no referendarias atender a otro

6 Artículo 122 EACat, 78 EAAnd y 71.27 EAAR.

7 Vid. extensamente LLORENS FERRER, M., “La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático”, *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 46, 2013, pp. 160-181.

8 Vid. CASTELL À ANDREU, J.M., “La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el estatuto de autonomía de Cataluña”, *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010. En el mismo número de esa revista, vid. MARTÍN NUÑEZ, E., “Comentario a la STC sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)”.

9 Vid. BUENO ARMUJO, A., “Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución com-potencial”, cit., p. 209. Vid. una crítica a las interpretaciones mayoritarias de esta sentencia en CARRASCO DURÁN, M., “Referéndum vs. consulta”, cit., pp. 19 y ss.

tipo de colectivos de ciudadanos, más o menos representativos de sus conciudadanos, o de específicos intereses de grupo o clase<sup>10</sup>.

– El referéndum se realiza a través de *procedimientos electorales*, con sus correspondientes garantías, frente a otros procedimientos propios de las consultas no refrendarias.

El Tribunal Supremo incorporó la doctrina a sus sentencias, declarando, por ejemplo, en 2008 que:

*“El referéndum es, por tanto, una especie del género «consulta popular» con la que no se recaba la opinión de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos, sino aquella consulta cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio). Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica «por vía de referéndum» (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta refrendaria...” (STS de 23 de septiembre de 2008, FJ 2.<sup>o</sup><sup>11</sup>).*

El Tribunal Constitucional se volvió a pronunciar en ocasiones posteriores, aunque en medio de un debate más alejado de la naturaleza de la consulta popular y más centrado en las competencias autonómicas sobre aquellas que pertenecen a la subespecie refrendaria. La cuestión competencial se analizará a continuación.

## 2 Régimen jurídico de la consulta popular municipal

### 2.1 Régimen competencial y marco normativo

Se señalaba al comienzo que la regulación de las consultas populares municipales se vio arrastrada por una polémica que le resultaba ajena. Efectivamente, la doctrina del TC dictada a propósito de diversas leyes autonómicas reguladoras de las consultas populares no se quedó en la reiterada afirmación de la relación género-especie existente entre consulta popular y referéndum, sino que, a propósito de la controversia competencial, señaló (1.º) la competencia exclusiva del Estado no solo para la autorización de las consultas refrendarias

<sup>10</sup> La expresión “cuerpo electoral” fue substituida por la de “conjunto de todos los ciudadanos de un ámbito territorial determinado” en la STC 31/2015, de 25 de febrero, dictada a propósito de la impugnación de la *Ley 10/2014, de 26 de septiembre, del Parlamento de Cataluña, de consultas populares no refrendarias y otras formas de participación ciudadana*: “... el poder público convoca al conjunto de los ciudadanos de un ámbito territorial determinado para que ejerzan el derecho fundamental de participación en los asuntos públicos emitiendo su opinión, vinculante o no, sobre una determinada cuestión, mediante votación y con las garantías propias de un proceso electoral” (FJ 6.º).

<sup>11</sup> En el mismo sentido, STS de 15 de noviembre de 2012 (rec. 546/2010) y 29 de noviembre de 2016 (rec. 603/2015).

(art. 149.1.32 CE), sino también para su establecimiento y regulación, y (2.º) la reserva, además, a la ley orgánica.

En este sentido, la STC 31/2010, de 28 de junio, sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña, señaló:

*“Así interpretada, «la competencia para el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, la realización y la convocatoria por la propia Generalitat o por los entes locales, en el ámbito de sus competencias, de encuestas, audiencias públicas, foros de participación y cualquier otro instrumento de consulta popular», atribuida a la Generalitat por el art. 122 EAC, es perfectamente conforme con la Constitución, en el bien entendido de que en la expresión «cualquier otro instrumento de consulta popular» no se comprende el referéndum. Tal entendimiento parece implícito en el propio art. 122 EAC, que hace excepción expresa «de lo previsto en el artículo 149.1.32 de la Constitución». Sin embargo, esa excepción no puede limitarse a la autorización estatal para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum, sino que ha de extenderse a la entera disciplina de esa institución, esto es, a su establecimiento y regulación. Ello es así por cuanto, según hemos dicho en la repetida STC 103/2008, «la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre regulación de las distintas modalidades de referéndum, es la llamada por el art. 92.3 CE para regular las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en la Constitución, siendo además la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de otra reserva, añadida a la competencial del art. 149.1.32 CE: la genérica del art. 81 CE para el desarrollo de los derechos fundamentales, en este caso el derecho de participación política reconocido en el art. 23 CE». (STC 103/2008, F. 3). En consecuencia, el art. 122 EAC no es inconstitucional interpretado en el sentido de que la excepción en él contemplada se extiende a la institución del referéndum en su integridad, y no sólo a la autorización estatal de su convocatoria, y así se dispondrá en el fallo”.*

Posteriormente la doctrina se reiteró a propósito de la inconstitucionalidad de las leyes del Parlamento de Cataluña 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum (STC 51/2017, de 10 de mayo) y 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación de Cataluña (STC 114/2017, de 17 de octubre):

*“Lo relevante para el presente procedimiento es recordar dos determinaciones inequívocas de nuestra jurisprudencia en este ámbito. Si bien la previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum no agota el elenco de otros admisibles en nuestro ordenamiento, solo a la ley orgánica a la que remite el citado artículo 92.3 CE correspondería la previsión genérica o en abstracto de tales consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental. La segunda, de especial relevancia para el actual recurso, es que no pueden someterse a consulta popular autonómica –referendaria o no– cuestiones fundamentales que fueron resueltas en el proceso constituyente y que están sustraídas a la decisión de los poderes constituidos [STC 51/2017, FJ 5 c) y d), con cita de pronunciamientos anteriores]. Por ello la redefinición de la identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía es cuestión que ha de encauzarse a través del procedimiento de reforma previsto en el artículo 168 CE, por la vía del referéndum de revisión constitucional (STC 90/2017, FJ 6, también con cita de resoluciones anteriores del Tribunal), pues una Comunidad Autónoma no puede convocar una consulta popular que desborde el marco de competencias propias o incida sobre cuestiones fundamentales resueltas con el proceso constituyente*

y que resulten sustraídas a la decisión de los poderes constituidos (SSTC 103/2008, FJ 4, y 138/2015, FJ 3)” (STC 114/2017, FJ.3).

La jurisprudencia del TC provocó un interesante debate sobre la posible inconstitucionalidad sobrevenida del artículo 71 LBRL y de las leyes autonómicas que contienen una regulación de la consulta popular municipal, como es el caso de la *Lei 5/1997, do 22 de xullo, de Administración local de Galicia* (LALGA), por incumplimiento de la reserva de ley orgánica. Las reacciones doctrinales no se hicieron esperar en defensa de la vigencia de la vía de participación en el ámbito municipal consagrada en el artículo 71 LBRL, dotada de un régimen jurídico propio y diferenciado de las modalidades de referéndum recogidas en el artículo 92 CE, de fundamento constitucional diverso<sup>12</sup>. La jurisprudencia se mostró dudosa y poco clarificadora, con sentencias de muy diverso alcance y contenido<sup>13</sup>, quedando clarificada la cuestión con la STC 51/2017, de 10 de mayo de 2017, antes analizada, cuyo FJ 5.c salva las consultas populares municipales por estar expresamente previstas en la ley orgánica reguladora de los referéndums:

*“Es a la ley orgánica a la que remite el artículo 92.3 CE, por tanto, a la que correspondería, en su caso, la previsión, genérica o en abstracto, de consultas referendarias distintas a las contempladas de modo expreso en la norma fundamental, consultas cuya regulación constituye contenido necesario, pero no exclusivo, de dicha ley orgánica. Así hizo el legislador para los referenda municipales (disposición adicional de la Ley Orgánica 2/1980) y así habría de hacerse, también, si se pretendiera introducir en el ordenamiento, en lo que aquí importa, algún tipo de referéndum de ámbito autonómico, incorporación que, como hemos apuntado, no podría llevarse a cabo, en todo caso, sin respetar determinados límites que provienen directamente de la Constitución”.*

Confirmada la existencia de los llamados por el TC “referenda municipales” y la constitucionalidad de la regulación por ley ordinaria por expresa determinación de la disposición adicional de la Ley orgánica 2/1980, procede analizar su régimen jurídico. Quedarán al margen del análisis las consultas populares no referendarias, ensayadas con mayor o menor

12 Vid. VELASCO CABALLERO, F., ¿Son aún posibles las consultas municipales?, Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid. Disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=357>, quien concluye que tras la doctrina del TC hay dos tipos de consultas “generales”: a un lado están las promovidas por el Estado o las comunidades autónomas; a otro lado están las municipales. Y explica que hay razones constitucionales de fondo que amparan la distinción ontológica entre los referéndums estatales y autonómicos, de un lado, y las consultas municipales, de otro: “Aun aceptado que todos los niveles de gobierno territoriales (Estado, comunidades autónomas y entidades locales) son “políticos”, pues esta es una consecuencia natural de la legitimidad democrática (art. 140 y 141 CE), hay una diferencia sistemática notoria entre los poderes políticos del Estado y las comunidades autónomas, de un lado, y de los municipios, de otro lado: solo el Estado y las comunidades autónomas tienen parlamentos y poder legislativo (el pleno municipal tiene poder normativo sólo de segundo grado); y sólo el Estado y las comunidades autónomas disponen de materias competenciales constitucionalmente predeterminadas e inatacables por las leyes (las competencias municipales se atribuyen y regulan por las leyes). La secundariedad constitucional de los municipios, que bien se expresa en la ausencia de poder legislativo y de competencias constitucionales propias, supone, a las claras, que bajos son los riesgos para la democracia representativa procedentes de una consulta municipal. Los hipotéticos riesgos pueden ser atajados por las leyes ordinarias de régimen local (como la LBRL y las leyes autonómicas de Administración local) y por las leyes sectoriales (que impiden que los vecinos se puedan pronunciar directamente sobre las cuestiones ya reguladas por ley). Tan limitada es la densidad política del gobierno municipal, y tan limitable la consulta popular por el Estado y cada comunidad autónoma, que la Constitución acepta sin problema que las “consultas generales” municipales no estén sometidas a las reglas y límites de los “referéndums constitucionales” sino, más simplemente, a los límites que derivan del art. 23.1 CE y de las leyes ordinarias”.

13 Por ejemplo, la STSJ del País Vasco de 25 de abril de 2016 (rec. 330/2015) niega categóricamente la posibilidad de desdoblamiento de las consultas populares municipales en referendarias y no referendarias. En sentido diferente, a propósito de la adopción de una medida cautelar, vid. el Auto 223/2016, de 18 de noviembre de 2016, rec. 360/2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n. 2 de Girona. En medio de la polémica, vid. la STS de 29 de noviembre de 2016, rec. 603/2015, que da tratamiento singular a las consultas populares municipales: “El régimen jurídico de las consultas populares municipales, que resulta aplicable a la solución de este litigio, está integrado por el citado artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que hemos transcrito, incluido en la sede normativa «información y participación ciudadanas»...”.

éxito en fechas recientes y no libres de polémica, exentas de la exigencia de la autorización del Gobierno y orientadas a abrir cauces que faciliten la participación y a favorecer la normalidad del proceso<sup>14</sup>.

Pues bien, en el marco de la Comunidad Autónoma de Galicia, el análisis jurídico debe comenzar por la LALGA, que contiene una regulación propia de las consultas populares en el artículo 257:

*“ 1. Los Alcaldes, previo acuerdo del Pleno, por mayoría absoluta, podrán someter a consulta popular los asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial importancia para los intereses de los vecinos, salvo los relativos a las haciendas locales.*

*2. Se determinarán reglamentariamente los requisitos y condiciones para ejercer este derecho y la celebración de la consulta se ajustará a las disposiciones generales y al procedimiento establecido por la legislación del Estado en materia de referéndum.*

*3. El procedimiento que se regule al efecto se adecuará a las siguientes reglas:*

*a) La Corporación Local remitirá a la Xunta de Galicia una copia literal del acuerdo adoptado por el Pleno del Ayuntamiento, precisando los términos exactos de la consulta.*

*b) El Consello de la Xunta de Galicia enviará la solicitud municipal al Gobierno del Estado, a la que se adjuntará, en su caso, un informe sobre la conveniencia de efectuar la consulta, de conformidad con el interés general de Galicia.*

*c) Corresponderá al Gobierno del Estado autorizar la consulta.*

*d) Concedida la autorización, en su caso, y de conformidad con la resolución municipal, el Consello de la Xunta de Galicia convocará la consulta popular mediante Decreto.*

*Dicho Decreto contendrá el texto íntegro de la disposición o decisión objeto de la consulta, señalará claramente la pregunta o preguntas que haya de responder el cuerpo electoral convocado y determinará la fecha en que deba hacerse la consulta, la cual quedará incluida entre los treinta y los sesenta días posteriores a la fecha de publicación del Decreto.*

*El Decreto se publicará en el «Diario Oficial de Galicia» y en el «Boletín Oficial» de la provincia correspondiente. Además, se anunciará en uno de los periódicos de mayor difusión de la Comunidad Autónoma y será fijado por el respectivo Ayuntamiento en su tablón de anuncios”.*

El desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado 2 del precepto se produjo a través de los reglamentos orgánicos de participación ciudadana municipales. Sirva de ejemplo el Reglamento orgánico de participación ciudadana del Ayuntamiento de A Coruña, que se limita a establecer una concisa regulación de la consulta popular:

---

14 Por ejemplo, la consulta ciudadana relativa a las propuestas de transformación de la Avenida de la Diagonal, al amparo de la Ley catalana 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, en la cual el Ayuntamiento aprobó un documento de bases (acuerdo plenario del Consell Municipal de 23 de diciembre de 2009, BOP n.º 313, anexo I, de 31 de diciembre de 2009), celebrada durante los días 10 a 16 de mayo de 2010. Disponible en <https://bop.diba.cat/scripts/ftpisa.aspx?fnew?bop2009&12/09313a19999.pdf&15>.

Puede también consultarse la experiencia de Madrid sobre el futuro de la Gran Vía y de la Plaza de España, Madrid 100 % sostenible o el billete único para el transporte público. Disponible en <https://decide.madrid.es/>. En estos casos, desde la Concejalía de Participación Ciudadana se pone a disposición de la ciudadanía una web donde se encauzan las iniciativas de los ciudadanos, que reciben, a través de la misma web, el apoyo o la oposición de los madrileños.

*“Artículo 3. El derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos municipales tiene las siguientes manifestaciones: ... 7.- Derecho a promover la consulta popular...”*

*“Artículo 10. Consulta Popular.*

*1. El Alcalde, previo acuerdo del Pleno por mayoría absoluta, podrá someter a consulta popular los asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial importancia para los intereses de los vecinos, salvo los relativos a la Hacienda Local.*

*2. La celebración de la consulta se ajustará a las disposiciones generales y, en su caso, al procedimiento establecido por la legislación del Estado en materia de referéndum.*

*3. Una vez adoptado el acuerdo plenario, el Alcalde remitirá a la Xunta de Galicia copia literal del mismo precisando los términos exactos de la consulta. Convocada la consulta se le dará la máxima publicidad a través de los medios expresados en el artículo 5<sup>15</sup>”.*

## 2.2 Objeto de la consulta

La consulta debe tener por objeto *“asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean especialmente relevantes para los intereses de los vecinos, con excepción de los relativos a la Hacienda local”*.

Según señala la jurisprudencia, se trata de requisitos concurrentes y, dados los términos en que se plantean, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva (STS de 17 de febrero de 2000, rec. 404/1998):

*“Hay que destacar, ante todo, que dichos requisitos son concurrentes y, dados los términos en que se formulan, revelan un designio del legislador ciertamente restrictivo respecto de esta fórmula de participación popular en el procedimiento de adopción de decisiones municipales, inspirado en el sistema de representatividad electiva. La consulta popular a los vecinos no se permite para cualquier asunto, ni siquiera para aquellos que tengan un interés relevante para los vecinos; es preciso, además, que se trate de asuntos de «carácter local», por un lado, y que respecto de ellos el Municipio tenga «competencias propias», por otro ... lo decisivo, a los efectos del litigio, no es sólo que exista aquel interés sino que el «asunto» (por emplear la expresión utilizada en el artículo 71 de la Ley de Régimen Local) que lo genera sea, ante todo, de «carácter local”*.

15 Artículo 5: “El Ayuntamiento informará a los vecinos de su actividad preferentemente a través de medios telemáticos, publicando en la web municipal la información relativa a la actividad municipal y corporativa y especialmente la referencia a convocatorias, órdenes del día y acuerdos del Pleno y de la Junta de Gobierno Local y otros órganos corporativos, organismos autónomos, y otros entes dependientes o participados por el Ayuntamiento. Facilitará la disposición de una carpeta ciudadana personalizada, donde se le remitirá toda la información existente en la web municipal que pueda ser de su interés. Para acceder a información personal e intercambiar datos con la Administración, será necesario disponer de medios que garanticen la seguridad corporativa, la autenticidad y no repudio de las comunicaciones mediante certificado y firma digital, contraseñas personales u otros métodos de autenticación legalmente reconocidos. Además, la actividad del Ayuntamiento se dará a conocer a través de los medios de comunicación, y por Bandos, tabloneros de anuncios, folletos, publicaciones y servicios específicos de información personal en las Oficinas de Información y telefónica, a través de un servicio telefónico de atención al ciudadano”.

## 2.2.1 Asuntos de competencia propia municipal y de carácter local

La introducción del calificativo de “propia” respecto de la competencia municipal debe llevarnos a considerar que la consulta tiene que referirse a las competencias recogidas en el artículo 25 LBRL. En palabras del TS:

*“El presupuesto de que la consulta popular se refiera a «asuntos de la competencia propia municipal» alude a aquellas competencias específicas enunciadas en el artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que el municipio ejerce, en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, con plena capacidad de decisión, es decir, bajo su responsabilidad, de forma libre y autónoma, no condicionadas a controles de oportunidad.*

*En este sentido, cabe recordar la doctrina jurisprudencial formulada en la sentencia de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 23 de septiembre de 2008 (rec. 474/2006), en que sostuvimos que la lectura armonizadora de los artículos 1, 18.1 f) y 71 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y de los artículos 3 y 4 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España por Instrumento de 20 de enero de 1988, permite determinar que el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales” (STS de 29 de noviembre de 2016, rec. 603/2015).*

La experiencia da buena muestra del espectro sobre el que se ha actuado a modo de consulta popular. De las consultas populares autorizadas<sup>16</sup>, diez se refieren a competencias sobre urbanismo y medio ambiente<sup>17</sup>, nueve se refieren a la organización y funcionamiento del Ayuntamiento<sup>18</sup> y otras nueve se refieren a la fijación de fechas de celebración de las fiestas, ferias y mercados.

---

16 Un ejemplo de consulta no autorizada por no recaer sobre asuntos de competencia local es la consulta sobre la prospección o extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (*fracking*), sobre la que dice la STS de 19 de noviembre de 2014 (rec. 467/2013): “El recurso no puede prosperar. En efecto, en contra de lo que defiende el Ayuntamiento recurrente, el uso de técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos, que es sobre lo que versa la consulta pretendida, ni es competencia municipal ni se trata de un asunto que se circunscriba al ámbito local, requisitos exigidos por el artículo 71 de la Ley de Bases del Régimen Local. En efecto, la regulación sobre las referidas técnicas, su uso, restricciones y demás aspectos que hayan de ser contemplados son en todo caso competencia estatal, pues se trata de cuestiones que corresponden a la normativa sobre régimen energético y a las bases de la ordenación económica general, dada la trascendencia de la materia energética sobre la economía general del país. Pues bien, la Constitución atribuye al Estado las bases sobre el régimen energético (apartado 25 del artículo 149), correspondiendo el desarrollo de la normativa básica a las Comunidades Autónomas en los términos de sus respectivos Estatutos de Autonomía. Naturalmente que las labores de prospección o extracción de recursos energéticos se realizan, como no puede dejar de ser, sobre terreno que necesariamente corresponderán en todo caso a municipios concretos, pero ello no quiere decir que tal circunstancia otorgue a éstos capacidad para determinar o condicionar la utilización de dichas técnicas. En consecuencia, hay que concluir que la consulta pretendida versa sobre una materia respecto a la que el Ayuntamiento carece de competencias, por mucho que se enmarque dentro del ámbito de una competencia municipal como lo es el plan de ordenación urbana. En cuanto a las competencias sobre las bases de la planificación general de la actividad económica, la Constitución la atribuye igualmente al Estado como competencia exclusiva en el apartado 13 del artículo 149”.

17 Asuntos relativos a un plan general urbanístico, peatonalización de la vía pública, calificación urbanística de zona virgen, localización de aparcamiento subterráneo, destino de un solar, inclusión del municipio en un parque natural, explotación de una cantera, ocupación de espacios en el frente marítimo, explotación de calizas en monte de utilidad pública, gestión de residuos urbanos.

18 Reglamento orgánico, disolución del municipio, cambio de denominación del municipio, segregación de núcleo de población, cambio de capitalidad, incorporación a consorcio.

Dicho lo anterior, la jurisprudencia insiste en que competencias “propias” no equivale a competencias “exclusivas”:

*“... el concepto de competencias propias municipales, en cuyo ejercicio, los municipios, para preservar la garantía constitucional del principio de autonomía local, tienen la capacidad efectiva de ordenación y gestión y de promover las iniciativas que se consideren pertinentes dentro del marco legal, se corresponde con las atribuciones o el núcleo de competencias básicas encomendadas por la Ley a dichas Entidades locales, lo que no impide que, por la naturaleza de la materia o por su extensión, su titularidad o ejercicio sea concurrente con las competencias de planificación atribuidas a autoridades regionales o autonómicas, puesto que no necesariamente las competencias locales deben ser plenas o completas, de modo que quedan excluidos del objeto de las consultas populares municipales aquellos asuntos que, aun teniendo un carácter local y tratar de una materia que sea de especial relevancia para los intereses de los vecinos, afecten a competencias exclusivas del Estado o de las Comunidades Autónomas o a aquellas competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas atribuidas por delegación a los Entes locales”* (SSTS de 23 de septiembre de 2008, rec. 474/2006, 15 de noviembre de 2012, rec. 546/2010 y 29 de noviembre de 2016, rec. 603/2015).

Esta doctrina tiene especial relevancia en una cuestión de actualidad, como es la posibilidad de realizar una consulta popular en el Ayuntamiento de A Coruña sobre el borde litoral, ya que el propio Tribunal Supremo pone especial empeño en justificar la viabilidad de la consulta respecto de competencias de ordenación urbanística, invocándose al respecto la doctrina del Tribunal Constitucional en su Sentencia 51/2004, de 13 de abril, según la cual:

*“La decisión sobre la configuración del asentamiento urbano municipal en que consiste el plan urbanístico –marco regulador del espacio físico de la convivencia de los vecinos– es una tarea comprendida prioritariamente en el ámbito de los intereses del municipio; y sobre aquella decisión se proyectan, por tanto, de forma especialmente intensa las exigencias de la autonomía municipal ... aquella decisión puede afectar también a intereses cuya gestión constituye el objeto de competencias atribuidas a otras organizaciones jurídico-públicas distintas del municipio. También se justifica la mencionada intervención de otros sujetos jurídicos distintos de la Administración municipal por las exigencias de colaboración ... y por los controles de legalidad que, de conformidad con la Constitución, pueden ejercer, en el ámbito del urbanismo, las Comunidades Autónomas sobre los entes locales ...”* (STS do 23 de septiembre de 2008, rec. 474/2006).

Dicho lo anterior, debe tenerse en cuenta que la ordenación urbanística del borde litoral de la ciudad, más allá de entrañar una competencia municipal propia, está condicionada por la presencia del puerto –con sus competencias concurrentes de la Autoridad Portuaria y de Puertos del Estado– y la firma de varios convenios, firmados por diferentes administraciones públicas. Esta situación puede dar complejidad al planteamiento de la pregunta o preguntas que pretendan someterse a la consulta popular.

Sirva de ejemplo el asunto que provocó la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2016 (rec. 603/2015) respecto de la denegación de la autorización gubernamental para la celebración de una consulta popular en el Ayuntamiento de Cogollos de Vega (Granada) sobre si debía mantenerse la concesión otorgada a una empresa para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua en el municipio. La denegación de la autorización se basó en la ausencia de concurrencia de los requisitos del artículo 71 LBRL, especialmente

Regap



NOTAS

en ser un asunto propio de la competencia municipal. Las palabras del TS, confirmando la denegación de la autorización, deben ser tenidas en cuenta respecto de la consulta que pretende realizarse, especialmente para la formulación de la(s) pregunta(s):

*“De cuanto se ha expuesto, resulta ajustada a Derecho la conclusión del acuerdo del Consejo de Ministros cuando afirma que no concurre el requisito de que la consulta verse sobre un asunto propio de la competencia municipal, como exige el art. 71 de la LRBRL, pues tan solo guarda una relación indirecta con un servicio público contenido en el listado que establece art. 25.2.c) de la Ley de Bases de Régimen Local, en tanto relativo a «abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales». Tal como está formulada, la pregunta no se ciñe al ámbito propio de una competencia sobre esa materia ni pretende la participación ciudadana sobre cómo se gestiona el servicio de gestión integral del ciclo del agua, sino que en realidad, suscita una cuestión que afecta a unos concretos convenios en su momento suscritos por el Ayuntamiento demandante con el Consorcio, en particular en lo relativo a la adhesión del municipio de Cogollos Vega para la prestación de los servicios del ciclo integral del agua a través del ente instrumental del Consorcio, la sociedad de economía mixta Aguasvira, S.A. En definitiva, las decisiones sobre la continuidad, o no, de esa forma de prestación del servicio y sobre la legalidad de la forma de acordar aquella, en tanto que en el propio enunciado de la pregunta se introduce una toma de posición sobre la misma, son cuestiones ajenas al ámbito de competencias propias municipales, y, por lo tanto, no son asuntos sobre los que se pueda consultar a los vecinos de un municipio a través de este instrumento participativo que es la consulta popular”*.

Por último, la exigencia de que el asunto tenga “carácter local” fue entendido por la jurisprudencia en el sentido de que no podrá superar los límites geográficos del término municipal<sup>19</sup>, ni podrá tener por objeto consultas sobre alteración de los límites municipales o sobre agregación de un municipio a otra comunidad autónoma<sup>20</sup>.

## 2.2.2 Exclusión de los asuntos relativos a la Hacienda local

La doctrina coincide en afirmar que la expresión “haciendas locales” debe ser interpretada de modo restrictivo<sup>21</sup>, con la finalidad de no vaciar de contenido la posibilidad de consulta. Así, se afirma que no es admisible desestimar la iniciativa de la consulta porque el asunto tenga consecuencias económicas o comporte gasto, ya sea porque es obvio que ambos son inherentes a cualquier actuación, ya sea por no incidir, en rigor, en la materia de la Hacienda local<sup>22</sup>.

19 STS de 14 de noviembre de 1989 (RX 8304) y STSJ Comunidad Valenciana de 31 de julio de 1996 (RJCA 2645). En el asunto del *fracking*, citado *supra*, en el que se denegó la celebración de la consulta por tratarse de asunto de competencia no local, el TS declara asimismo: “... el ámbito territorial en el que hay que ubicar la cuestión sobre la que se proyecta la consulta, tampoco puede circunscribirse, como pretende el Ayuntamiento recurrente, al ámbito local. Pues, aunque la consulta se refiera al uso de las técnicas controvertidas en el territorio municipal, es evidente que la regulación sobre dichas técnicas de prospección y extracción de hidrocarburos y su uso se proyecta sobre todo el territorio nacional. En consecuencia, la consulta, con independencia de su carácter no vinculante, versa sobre una cuestión de interés territorial general respecto a la que la regulación sobre la materia por parte del titular de la competencia, el Estado, siempre abarcará todo el territorio nacional” (STS de 19 de noviembre de 2014, rec. 467/2013).

20 SSTS de 22 de enero de 1993 (rec. 4911/1992) y 24 de febrero de 1997 (RJ 1519).

21 IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Universidad de Cádiz, 2005, p. 145.

22 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 461. Y en el mismo sentido FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Los cauces de participación ciudadana en la Administración local”, Almonacid Lamelas, V. (dir.), *Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2009, pp. 677 y ss. De hecho, en algunas normativas autonómicas que desarrollan la consulta popular, la expresión “hacienda local” se substituye por la de “finanzas locales”, circunscrita a los recursos o ingresos públicos. Es el caso del artículo 32 de la Ley 4/2010, del Parlamento de Cataluña.

Las afirmaciones doctrinales tienen reflejo en la jurisprudencia, que no duda en reconocer el derecho de los vecinos a que se tramite el procedimiento de consulta popular en casos que implican ostensiblemente gasto (puede tomarse como ejemplo la consulta sobre la conveniencia u oportunidad de continuar con las obras del Metro de Sevilla, analizada en la STS de 14 de noviembre de 1989, RJ 8304).

### 2.2.3 Especial relevancia para los intereses de los vecinos

La “especial relevancia” para los intereses de los vecinos es un concepto jurídico indeterminado<sup>23</sup> que debe ser concretado en el marco del procedimiento de realización de la consulta popular.

En alguna ocasión se ha declarado que quedarán fuera de la posibilidad de la consulta los asuntos que carezcan de interés por ser normales o habituales en la vida ciudadana (STS de 14 de noviembre de 1989, RJ 8304).

Por lo demás, la doctrina coincide en reservar la consulta popular para asuntos de naturaleza discrecional, más precisamente política, excluyéndola respecto del ejercicio de competencias reguladas, en las que prevalece el principio de legalidad<sup>24</sup>.

## 2.3 Los sujetos de la consulta

En una consulta popular intervienen cuatro sujetos: los vecinos, el ayuntamiento (a través del alcalde y el pleno de la corporación), la Xunta de Galicia y el Gobierno.

### 2.3.1 Los vecinos

El papel de los vecinos puede ser doble, al inicio y al final del proceso.

Los vecinos pueden instar la consulta popular, proponiendo una iniciativa popular que incluya el planteamiento de una consulta, debiendo acompañarse la iniciativa de las firmas legalmente exigibles conforme al artículo 70 bis.2 LBRL<sup>25</sup>. Distinto es el caso de que la petición de consulta no vaya unida a una iniciativa popular, sino que se formule como solicitud al amparo del artículo 18.1.f) LBRL. El TS manifestó que el derecho de los vecinos de pedir la consulta popular tiene la categoría de derecho público subjetivo, exigible, por tanto, en

23 STS de 14 de noviembre de 1989 (RJ 8304).

24 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 461.

25 “2. Los vecinos que gocen del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales podrán ejercer la iniciativa popular, presentando propuestas de acuerdos o actuaciones o proyectos de reglamentos en materias de la competencia municipal.

Dichas iniciativas deberán ir suscritas al menos por el siguiente porcentaje de vecinos del municipio:

a) Hasta 5.000 habitantes, el 20 por ciento.

b) De 5.001 a 20.000 habitantes, el 15 por ciento.

c) A partir de 20.001 habitantes, el 10 por ciento.

...

Tales iniciativas pueden llevar incorporada una propuesta de consulta popular local, que será tramitada en tal caso por el procedimiento y con los requisitos previstos en el artículo 71”.

Vid. artículo 9 ROM.



vía contencioso-administrativa si fuese desconocido (STS de 14 de noviembre de 1989, RJ 8304)<sup>26</sup>. Esta doctrina jurisprudencial, sin embargo, no es unánime<sup>27</sup>.

Les corresponde a los vecinos votar al final del proceso. A este respecto, nada se dice en la normativa de aplicación sobre los sujetos llamados a la consulta, pero, en el marco de las consultas refrendarias, el destinatario de la consulta será el cuerpo general de electores en las elecciones municipales<sup>28</sup>.

### 2.3.2 El alcalde

El papel del alcalde difiere según se trate de una consulta incorporada a una iniciativa popular o no.

El ejercicio de la iniciativa de consulta popular por los vecinos cumpliendo los requisitos de las iniciativas populares supone que el alcalde debe someterla a la consideración del pleno para su debate y votación. La doctrina se refiere al “deber de garante” del alcalde para con la iniciativa<sup>29</sup>.

Si la solicitud de consulta popular no se incorpora a una iniciativa popular, es decir, si se presenta de forma autónoma al amparo del artículo 18.1.f) LBRL, deberá resolverla el alcalde, bien en el sentido de impulsar el procedimiento recogido en el artículo 71 LBRL, bien rechazando la solicitud mediante la consiguiente motivación<sup>30</sup>.

Nada impide, sin embargo, que el alcalde someta al pleno la consulta por propia iniciativa o por propuesta de uno o varios grupos, requiriéndose en este caso que conste el interés vecinal, cualquiera que sea su forma de manifestación, y la justificación de la concurrencia de los restantes requisitos formales y materiales exigidos por la normativa que resulta de aplicación.

### 2.3.3 El pleno

En los términos del artículo 71 LBRL, se requiere acuerdo plenario por mayoría absoluta sobre la celebración de la consulta.

---

26 “De recibirse la petición, como sucedió en este caso, deberá acordarse por el Alcalde, bien continuar la tramitación, conforme a lo establecido en el art. 71 de la Ley básica, bien denegarla o rechazarla mediante resolución debidamente motivada, y como ha sucedido en este supuesto, la denegación, aun a través de la fórmula del silencio administrativo negativo, puede ser objeto de la necesaria revisión jurisdiccional, dentro del amplio marco que constituye el art. 106.1 CE y que la jurisprudencia interpreta en el sentido de mostrarse absolutamente contraria al mantenimiento de actos o zonas inmunes al control jurisdiccional”.

27 Vid. STSJ de Navarra de 22 de junio de 2001 (rec. 395/2001): “... es claro, a juicio de la Sala, que tales consultas populares están previstas como una posibilidad o facultad que se otorga a los Alcaldes para realizarla, si lo estiman conveniente, pero no como un derecho que puede ser exigido por el ciudadano por integrar parte del contenido esencial del derecho fundamental a participar en los asuntos públicos tal y como se recoge en el artículo 23.1 de la Constitución”.

28 Por ejemplo, la Ley 2/2001, de 3 de mayo, de Andalucía, identifica a los vecinos del municipio que en el momento de la convocatoria de la consulta disfruten del derecho de sufragio activo en las elecciones municipales. La Ley 27/2002, de 28 de octubre, de Navarra, señala como titulares del derecho a los vecinos del municipio que, en el momento de la convocatoria de esta sean mayores de edad y estén registrados en el Padrón municipal.

29 MARTÍNEZ ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 469.

30 Vid. *supra* STS de 14 de noviembre de 1989.

La exigencia de mayoría absoluta implica que la propuesta sometida al pleno deberá acompañarse de los preceptivos informes del secretario del pleno (sobre la legalidad del proceso y, especialmente, el cumplimiento de las exigencias formales y materiales exigidos por la normativa de aplicación) y del interventor municipal (sobre las materias propias de su función y, especialmente, sobre la no incidencia de la consulta popular en asuntos relativos a la Hacienda local).

No existe unanimidad doctrinal respecto de la extensión y alcance del acuerdo plenario. Frente a la posición de los que conciben el carácter regulado de la decisión plenaria (en el sentido de que solo puede denegarse válidamente si la iniciativa carece de alguno de los requisitos legales<sup>31</sup>), se defiende la naturaleza mixta del acuerdo plenario, en la cual, junto al control de los elementos regulados, debe existir un pronunciamiento sobre la oportunidad de la consulta, concretada en la valoración de la especial relevancia del asunto para los intereses vecinales<sup>32</sup>.

### 2.3.4 La Xunta de Galicia

Según establece la LALGA, la Xunta de Galicia actuará en dos momentos del proceso con funciones instructoras, sin capacidad decisoria: para vehiculizar la consulta hacia el Gobierno a efectos de su autorización; y para convocar por decreto la consulta autorizada.

Ahora bien, y como novedad destacable respecto de la regulación contenida en la LBRL, la LALGA introduce en el procedimiento la posibilidad de que la Xunta aporte la solicitud municipal *“un informe sobre la conveniencia de efectuar la consulta, de conformidad con el interés general de Galicia”*.

Ante la falta de jurisprudencia sobre el alcance de dicho informe, parecería razonable considerar que este debería incorporarse en el caso de competencias compartidas, a fin de pronunciarse sobre las que le correspondan, o si de la consulta se derivan consecuencias de otra índole que afectasen al interés general de Galicia que pudiesen ser consideradas por el Gobierno en el otorgamiento o denegación de la autorización.

La Xunta de Galicia no tiene, sin embargo, capacidad decisoria o resolutoria respecto de la celebración de la consulta popular.

### 2.3.5 El Gobierno

Le corresponde al Gobierno de España autorizar la consulta<sup>33</sup>.

Sobre la naturaleza y alcance de esta autorización se pueden hacer dos consideraciones.

31 RIVERO YSERN, J.L., *Manual de régimen local*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, p. 120; en el mismo sentido, FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Los cauces de participación ciudadana en la Administración local.”, cit., p. 739.

32 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., pp. 470 y ss.

33 *Vid.* la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2.ª, de 14 de febrero de 2011 (rec. 198/2010): “... la omisión de la autorización preceptiva por el Gobierno de España prevista en el art. 71 LBRL supone la elusión de un control que establece dicha Ley para realizar una consulta popular por parte de un Ayuntamiento. Esta forma de proceder eliminaría el mecanismo que se establece para asegurar que tal consulta se sujeta a los fines y limitaciones que el ordenamiento jurídico establece para la celebración de consultas por tales entes locales, constituyendo, pues, un trámite esencial que puede dar lugar a una prevaricación activa (en este sentido, las STS n. 2340/2001, de 10 de diciembre, la STS n. 76/2002, de 25 de enero y la STS n. 331/2003, de 5 de marzo antes citadas)”.

En primer lugar, según la doctrina mayoritaria, el acuerdo del Consejo de Ministros debe ceñirse al control de legalidad en relación con los elementos regulados del asunto, sin entrar a valorar la especial relevancia para los intereses de los vecinos<sup>34</sup>.

Esta posición está refrendada por la jurisprudencia:

*“Cabe, además, señalar que la decisión del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular municipal se configura en nuestro ordenamiento jurídico como un acto de control de que la solicitud se ajuste a los requisitos legalmente previstos de naturaleza procedimental”* (STS de 23 de septiembre de 2008, rec. 474/2006; de 15 de noviembre de 2012, rec. 546/2010; y de 29 de noviembre de 2016, rec. 603/2015).

En segundo lugar, la falta de acuerdo expreso provoca silencio positivo, según estableció el Consejo de Estado en sus dictámenes 943/1994, de 9 de junio, y 1070/2001, de 21 de junio:

*“Las previsiones que el artículo 43, n.º 2, de la Ley 30/1992 dedica a la falta de resolución expresa y al principio del silencio administrativo positivo son aplicables a la autorización que el artículo 71 de la Ley 7/1985 atribuye al Gobierno de la Nación”*.

## 2.4 El planteamiento de la/s pregunta/s

La normativa aplicable no contiene indicaciones sobre el planteamiento de la pregunta o preguntas a la ciudadanía.

La toma en consideración, a efectos ilustrativos, de otras normas autonómicas ofrece algunos datos interesantes:

- El artículo 9.2 de la *Ley 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía*, dispone que “El acuerdo ha de contener los términos exactos de la consulta, que ha de consistir en una o varias preguntas, redactadas de forma inequívoca, a fin de que el cuerpo electoral se pueda pronunciar en sentido afirmativo o negativo”.
- El artículo 31.3 de la *Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña*, establece que “Pueden formularse consultas municipales con la modalidad de diferentes opciones a escoger por los votantes”.

## 2.5 Los límites de la consulta

Además de las exigencias legales antes analizadas respecto de la consulta, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 69 LBRL, invocado por la jurisprudencia respecto de los límites de la consulta popular municipal<sup>35</sup>:

*“Artículo 69.*

---

34 MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum”, cit., p. 474.

35 ÁLVAREZ MONTOTO, J., “Las consultas populares en el ámbito local”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2009, p. 192. Vid. SSTs de 21 de junio de 1983 (RJ 3616) y 9 de mayo de 1997 (RJ 4527).

*1. Las Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local.*

*2. Las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones establezcan en ejercicio de su potestad de autoorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados por la Ley”.*

## 2.6 Carácter no vinculante del resultado

Doctrina y jurisprudencia coinciden en señalar el carácter no vinculante del resultado de la consulta popular. Celebrada la consulta, el Ayuntamiento deberá obrar en consecuencia, pero bien entendido que la valoración que se realice del resultado será de naturaleza política.

Precisamente por ello, desde una perspectiva jurisdiccional resultaría improsperable una pretendida acción bien por la inactividad municipal tras la celebración de la consulta o bien por las acciones emprendidas cuando diverjan de su resultado.

## 2.7 Cuestiones procedimentales

La celebración de una consulta popular exige una sucesión de actuaciones concatenadas, reguladas en sus trámites básicos por las normas antes referidas.

Los hitos más relevantes que deberán producirse desde el inicio del procedimiento de aprobación de la consulta hasta la celebración de la votación son los que se indican a continuación.

- Decreto de alcaldía de inicio del procedimiento para la celebración de una consulta popular al amparo de los artículos 71 LBRL, 257 LALGA y, en su caso, del precepto correspondiente del Reglamento orgánico municipal de participación ciudadana.
- Posibilidad de constituir una comisión informativa especial, en atención a las características especiales del asunto.
- Posibilidad de someter a información pública el acuerdo de inicio, con plazo para efectuar alegaciones sobre los términos de la consulta (con posibilidad de plantear preguntas alternativas o replantear la consulta).
- Informes preceptivos del secretario del pleno y del interventor municipal.
- Dictamen de la comisión informativa.
- Acuerdo plenario por mayoría absoluta.
- Remisión a la Xunta de Galicia de la certificación de acuerdo plenario, precisando los términos exactos de la consulta, solicitando su elevación al Gobierno para autorización de esta.
- Remisión por la Xunta de Galicia de la solicitud al Gobierno, adjuntando, en su caso, informe sobre la conveniencia de efectuar la consulta de conformidad con el interés general de Galicia.

Regap



NOTAS

- Autorización del Gobierno<sup>36</sup>.
- Convocatoria de la consulta popular por el Consello de la Xunta, mediante decreto, señalando la fecha de celebración entre los treinta y sesenta días posteriores a la fecha de publicación del decreto.
- Publicación del decreto en el DOG y en el BOP, anuncio en uno de los periódicos de mayor tirada y publicidad por el ayuntamiento según lo dispuesto, en su caso, por el reglamento orgánico de participación ciudadana.
- Celebración de la consulta conforme a los principios del procedimiento establecidos por la legislación del Estado en materia de referéndum<sup>37</sup>.

Finalizado el proceso, el pleno tomará conocimiento del resultado de la consulta.

## Bibliografía

- ÁLVAREZ MONTOTO, J., "Las consultas populares en el ámbito local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 2, 2009.
- BUENO ARMIJO, A., "Consultas populares y referéndum consultivo: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial", *Revista de Administración Pública*, n. 177, 2008.
- CARRASCO DURÁN, M., "Referéndum vs. consulta", *Revista de Estudios Políticos, nueva época*, n. 160, 2013.
- CASTELL À ANDREU, J. M., "La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la sentencia 31/2010 sobre el estatuto de autonomía de Cataluña", *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010.
- EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Los cauces de participación ciudadana en la Administración local", Almonaci d Lamelas, V. (dir.), *Estudios sobre la modernización de la Administración local: teoría y práctica*, La Ley-El Consultor, Madrid, 2009.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., *El referéndum local en España: régimen jurídico*, Universidad de Cádiz, 2005.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A., "¿Qué es un referéndum? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 2, 2009.

---

36 Aunque el requisito es insalvable *de lege lata*, la doctrina cuestiona de modo prácticamente unánime la subordinación de la consulta a la autorización del Gobierno, abogándose por su supresión o por sustituirla por una autorización autonómica. Vid. FERNÁNDEZ RAMOS, S., "Los cauces de participación ciudadana en la Administración local", cit., p. 740. En el mismo sentido, EXPÓSITO, E., "Participación ciudadana en el gobierno local. Un análisis desde la perspectiva normativa", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, p. 396, para quien el mantenimiento de la autorización estatal contraría la autonomía local.

37 Artículos 11 y siguientes de la Ley 2/1980.

LLORENS FERRER, M., "La consulta popular como mecanismo para revitalizar el urbanismo democrático", *Revista Catalana de Dret Públic*, n. 46, 2013.

LÓPEZ BASAGUREN, A., "Sobre referéndum y comunidades autónomas. La Ley vasca de la consulta ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n. 9, octubre de 2009.

MARTÍN NÚÑEZ, E., "Comentario a la STC sobre el Estatuto. Competencia en materia de consultas populares (art. 122)", *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia sobre el Estatuto*, 2010.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., "Las consultas populares municipales: consideraciones sobre el marco normativo y su identificación como referéndum", *Anuario del Gobierno local*, 2010.

RIVERO YSERN, J.L., *Manual de régimen local*, 5.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

VELASCO CABALLERO, F., ¿Son aun posibles las consultas municipales?, Instituto de Derecho Local, UAM, Madrid. Disponible en <http://www.idluam.org/blog/?p=357>.

Regap



NOTAS



## A Lei 17/2006, do libro e da lectura de Galicia: balance dunha década<sup>1</sup>

### La Ley 17/2006, del libro y de la lectura de Galicia: balance de una década

#### The enforcement of Galician Book and Reading Act of 2006, ten years later



CARLOS ALBERTO AMOEDO SOUTO  
Catedrático E.U. de Derecho Administrativo  
Universidad de A Coruña  
casou@udc.gal

Recibido: 12/07/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

**Resumo:** Este traballo aborda o significado da Lei 17/2006, do libro e da lectura de Galicia, no marco do dereito autonómico de Galicia. A aplicación da lei durante os últimos dez anos foi parcial, e os seus rendementos víronse dificultados por diversos factores políticos e orzamentarios. En concreto, repásanse tres aspectos xurídicos desde o punto de vista da avaliación normativa: a) un intervencionismo autonómico brando, determinado polo complexo marco regulatorio –estatal e europeo– das industrias culturais; b) a falta dunha política pública sistemática e integral de desenvolvemento da lei; c) a carencia de instrumentos xurídicos de garantía do gasto público cultural.

**Palabras clave:** Dereito cultural de Galicia, sector editorial, fomento da lectura.

**Resumen:** Este trabajo aborda el significado de la Ley 17/2006, del libro y de la lectura de Galicia, en el marco del derecho autonómico de Galicia. La aplicación de la ley durante los últimos diez años ha sido parcial, y sus rendimientos se han visto dificultados por diversos factores políticos y presupuestarios. Particularmente, se repasan tres aspectos jurídicos desde el punto de vista de la evaluación normativa: a) un intervencionismo autonómico blando, determinado por el complejo marco regulatorio –estatal y europeo– de las industrias culturales; b) la falta de una política pública sistemática e integral de desarrollo de la ley; c) la carencia de instrumentos jurídicos de garantía del gasto público cultural.

**Palabras clave:** Derecho cultural de Galicia, sector editorial, fomento de la lectura.

**Abstract:** This paper addresses the meaning of the Galician Book and Reading Act, enacted in 2006, in the legal framework of Galicia. In the last ten years, the enforcement of this Act has been biased by both political and budgetary causes. More specifically, we take a look over three key points in terms of normative assessment: a) a soft autonomous policy, shaped by the complex framework –both european and domestic– of cultural industries sector; b) the lack of

1 Con ligeras adaptaciones para su publicación, este texto se corresponde con la intervención defendida por el autor en la jornada “A Lei do Libro do 2006 a debate”, organizada por el Consello da Cultura Galega el 19 de abril de 2018. Para valorar adecuadamente esta intervención, es preciso mencionar que el autor tuvo el honor de desempeñar el cargo de secretario general de la Consellería de Cultura e Deporte en la legislatura en que se aprobó la Ley 17/2006 y se inició su desarrollo.

a systematic public policy of law enforcement at the autonomous level; c) the lack of legal means securing public expenditures in culture.

**Key words:** Galician culture Law, publishing sector, promotion of reading.

**Sumario:** 1 La política autonómica sobre el libro y la lectura y la Ley 17/2006. 2 Una infancia marcada por el trauma de 2009. 3 Las dificultades de la evaluación normativa. 4 Los tres aspectos jurídicos esenciales de la ley. 4.1 Un intervencionismo autonómico blando ante la complejidad del marco regulatorio de las industrias culturales. 4.2 La falta de una política pública sistemática e integral de desarrollo de la ley. 4.3 La carencia de instrumentos jurídicos de garantía del gasto en cultura.

## 1 La política autonómica sobre el libro y la lectura y la Ley 17/2006

La Ley 17/2006, de 27 de diciembre, del libro y de la lectura de Galicia, fue objeto de publicación en el DOG n. 7 de 10 de enero de 2007, entrando en vigor a los 20 días, es decir, a comienzos de febrero de 2007.

La ley acaba de cumplir, pues, 11 años. Está ya a punto de superar la educación primaria, y parece lógico que nos preguntemos cómo fue su vida hasta ahora y, sobre todo, qué podemos esperar de ella cuando va camino de entrar en la madurez.

Disculpen la prosopopeya sobre la criatura, pero está hecha a propósito. La ley 17/2006, primera norma legal que articuló las políticas autonómicas sobre este sector, se caracteriza en no poca medida por ser una norma de paternidad discutida: el interés y la preocupación por legislar sobre esta materia ya viene de antiguo, destacando la proposición de ley presentada en esta cámara en el año 2003 por iniciativa de la diputada María Pilar García Negro (BNG), quien el 16 de junio de aquel año introducía en el registro la Proposición de ley del libro, del fomento de la lectura y de las bibliotecas públicas.

El PP de Galicia, tras rechazar la tramitación de la proposición, hizo suya la propuesta, de modo que el 9 de junio de 2004 constituyó la Mesa por el Libro y creó varias comisiones, una de ellas la tercera, que fue la encargada de elaborar un borrador de ley. Este primer borrador fue aprobado por unanimidad en la reunión de la Mesa por el Libro de 25 de febrero de 2005. Por lo demás, en la legislatura 2005-2009, cuando se tramita en el Parlamento gallego el texto de la ley, no puede dejar de mencionarse el papel de Luis Bará Torres, director general de Creación y Difusión Cultural, que fue el encargado de negociar con el sector lo que posteriormente sería la Ley 17/2006.

Una rápida caracterización de esta ley de 36 artículos podría resumirse en los siguientes cuatro aspectos:

– Se trata de una ley autonómica que se caracterizaba por realizar un esfuerzo de concreción de medidas destinadas a hacer efectivo el mandato constitucional de compromiso de los poderes públicos con el acceso a la cultura (artículo 44 CE), singularmente el acceso a la cultura gallega<sup>2</sup>, en cumplimiento de los mandatos de nuestro Estatuto de autonomía de

---

2 Dice así el preámbulo de la ley: *“Particularmente, la ley busca incrementar los índices de lectura en lengua gallega, por entender que el libro gallego es tanto un vehículo como un instrumento en el fortalecimiento del sistema literario y cultural gallegos, en la difusión de la cultura gallega en el exterior y en el proceso de normalización lingüística, razón por la que se ha de procurar también una especial incidencia en los ámbitos sociales donde la práctica y el fomento de la lectura tengan una dimensión sustancial, junto con aquellos otros que precisen del libro y de la lectura como elementos indispensables para alcanzar un desarrollo intelectual de las personas que mejore*

1981. Era una ley, pues, decisiva para avanzar en el desarrollo de un espacio cultural propio –llámese nacional o como quiera llamarse– y por ello realizaba los aspectos simbólicos, de definición de un compromiso con el sector cultural gallego<sup>3</sup>, especialmente con el apoyo económico público.

– En un panorama comparado, nuestra ley fue la tercera ley autonómica que abordó este enfoque regulatorio de este sector cultural, tras la Ley 5/1999, de 30 de marzo, de fomento del libro y la lectura de la Comunidad de Madrid, y la Ley valenciana 3/2002, de 13 de junio, del libro. No existieron más leyes autonómicas al respecto, quizás porque poco después de entrar en vigor nuestra ley el Estado aprobó la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y las bibliotecas, que exploró a fondo los títulos competenciales previstos por la Constitución y el bloque de la constitucionalidad.

– La ley se caracterizó por la alta participación y consenso con el sector destinatario, articulado en torno a la Mesa del Libro, cuyos trabajos habían comenzado ya a desarrollarse en la anterior legislatura 2001-2005, y culminaron con el proyecto de ley que aprueba el Consello de la Xunta el 6 de julio de 2006 para su remisión al Parlamento.

– Por último, es preciso señalar el cuarto aspecto, conectado con el anterior: la ley se aprobó por consenso político de la cámara legislativa gallega en la sesión parlamentaria de 12 de diciembre de 2006.

Realizada esta breve introducción al significado de la ley, podemos comenzar ya nuestro análisis sobre su desarrollo aplicativo.

## 2 Una infancia marcada por el trauma de 2009

Con independencia de las circunstancias de su nacimiento, de su diseño y de sus paternidades varias, puede afirmarse que la infancia de la Ley 17/2006 –la aplicación de sus preceptos– ha transcurrido hasta hoy en dos etapas bien definidas.

La primera fue la etapa feliz de los dos años hasta marzo de 2009, durante los cuales la ley fue razonablemente atendida por sus padres políticos: fueron años en los que se aprobó en plazo el desarrollo reglamentario del Consejo Asesor del Libro mediante el Decreto 178/2007, de 13 de septiembre, por el que se regula la composición y funcionamiento del Consejo Asesor del Libro, y durante los cuales el apoyo económico-presupuestario público se fue incrementado en cada año, en una época de vacas gordas de la hacienda pública gallega, en la cual el presupuesto de la consellería crecía anualmente en un porcentaje del 8-9 %.

La segunda etapa de la ley comienza en marzo de 2009 cuando, tras el regreso del Partido Popular al Gobierno autonómico, la ley queda huérfana, en un contexto donde, además, el *crash* del año 2008 comienza a transmitir sus profundos efectos sobre los ingresos y gastos de

*su integración y convivencia*". Sobre el mandato constitucional de acceso a la cultura, *vid.* más ampliamente nuestro trabajo "El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica", *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014, pp. 295-327.

3 El artículo 2 reconoce el libro como elemento identificador de Galicia: se trata de un mandato al poder ejecutivo, conforme al cual "La Xunta de Galicia reconocerá el carácter estratégico y prioritario del sector del libro por su importancia cultural, social y económica, como instrumento para la expresión del derecho a la creación, a la promoción y a la divulgación de la cultura, de la historia y de la lengua de Galicia".

la hacienda pública gallega. Coincidiendo con la época de recesión económica, esta segunda etapa puede definirse metafóricamente como la infancia gris, triste y anónima propia de los orfanatos: la ley pasa a ser obedecida pero incumplida en aspectos sustanciales, según la tradición patria del *"obedézcase pero no se cumpla"*, hasta el punto de crear la sensación de papel mojado: el Consejo Asesor del Libro deja de reunirse en 2009, y no vuelve a ser convocado por el conselleiro de Educación hasta el 15 de diciembre de 2017... ocho años después<sup>4</sup>. La participación del sector en el desarrollo de la ley fue, pues, incumplida flagrantemente.

En este segundo período apenas se producen dos desarrollos reglamentarios más: un decreto, ya muy avanzada la legislatura 2005-2009, el Decreto 342/2009, de 18 de junio, que crea el Registro administrativo de librerías de Galicia y regula su organización y funcionamiento, decreto que sería derogado poco después<sup>5</sup>; y el Decreto 46/2015, de 19 de marzo, por el que se crea la Librería Institucional de la Xunta de Galicia (DOG de 13 de abril), que asume la distribución de la edición pública de la Xunta en desarrollo de los artículos 8 y 11 de la ley<sup>6</sup>.

Cabe también destacar que los repertorios jurisprudenciales de la jurisdicción contencioso-administrativa no contienen ni una sola sentencia en la que se haya discutido la aplicación de la ley.

Dado que una de las líneas estructurales de la Ley 17/2006 era el apoyo público al desarrollo del sector del libro, es necesario ahora observar los rendimientos de ese apoyo. En este sentido, si comparamos las magnitudes de gasto contenidas en los presupuestos de 2009 y de 2018, comprobaremos que el gasto autonómico en el libro y en la lectura ha descendido un 70 %. Y ello a pesar de ser considerado por la propia ley un sector estratégico:

Concepto	Denominación	2009	2018
480	Becas para bibliotecas	316.200	
481	Actividades culturales en bibliotecas de titularidad privada	60.000	
625	Equipamiento bibliotecas municipales	524.807	
628.1	Lotes fundacionales y adquisición fondos bibliográficos	2.400.000	425.000
628.2	Edición del libro en gallego	1.100.000	178.460
640.2	Promoción de la lectura y del libro	1.300.000	223.000
640.3	Ferias del libro de Galicia	260.000	7.000

4 En mayo de 2017, la oposición solicitó en el Parlamento que se convocara. La primera reunión fue el 15 de diciembre de 2017. En ella la Asociación Galega de Editoras, la Asociación de Escritoras e Escritores en Lingua Galega y la Federación de Librerías de Galicia hicieron un llamamiento conjunto a la Xunta de Galicia para que se elaborara un diagnóstico de la situación actual del sector del libro y de la lectura en gallego, y para que se elabore un verdadero, real y efectivo Plan de Fomento de la Lectura de Galicia y de la lectura en gallego. En este sentido, se reclamó que este plan recupere la dotación económica de las bibliotecas públicas, apoye la internacionalización en diálogo continuo con el sector, apoye a las librerías y a las creadoras y creadores y apueste por una potente campaña de promoción lectora, que implique a amplios sectores y referentes sociales.

5 Decreto de efímera vida, pues fue derogado por el Decreto 92/2010, de 3 de junio, en virtud de la habilitación conferida por la Ley 1/2010, de 11 de febrero, de adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior.

6 El artículo 8 dio al Servicio Central de Publicaciones de la Xunta de Galicia la titularidad de la actividad editorial destinada a *"fomentar la lectura, recopilar normas jurídicas emanadas de sus órganos e informar a la ciudadanía sobre el trabajo de las diferentes administraciones o sobre cuestiones consideradas de interés general"*. El Servicio Central de Publicaciones fue asumido por el Servicio del Libro y Publicaciones de la Consellería de Educación, Cultura y Ordenación Universitaria, de conformidad con el decreto regulador de su estructura orgánica. Este servicio se encuadra dentro de la Subdirección General de Bibliotecas y la Secretaría General de Cultura. *Vid.* el artículo 10.2.1 del Decreto 4/2013, de 10 de enero. En ejecución del artículo 11 de la Ley 17/2006, el Decreto 46/2015, de 19 de marzo, creó la Librería Institucional de la Xunta de Galicia, cuyo objeto es la distribución y comercialización, a través de una plataforma electrónica, del fondo editorial de la Xunta de Galicia. Su gestión corresponde a la consellería competente en materia de cultura, en cuya estructura orgánica se integra como unidad administrativa dependiente del servicio competente en materia de publicaciones.

Concepto	Denominación	2009	2018
640.5	Animación a la lectura en bibliotecas		98.000
640.6	Ferias internacionales del libro		247.000
760.1	Ayudas entes locales inversiones bibliotecas		350.000
760.2	Subvenciones adquisición novedades editoriales en gallego		200.000
760.3	Ayudas dinamización bibliotecas municipales		195.000
770	Apoyo promoción, producción y edición del libro en gallego	493.000	210.000
781	Bibliotecas de interés para Galicia	60.000	0
470.1 151A SXPL	Subvenciones empresas editoras para proyectos en lengua gallega	1.050.000	170.000
481.2 del 432B	Ayudas a entidades para el fomento de la lectura	122.200	
TOTAL		7.686.207	2.303.460

*Comparativa de los presupuestos de la Xunta de Galicia 2009-2018. Elaboración propia*

Si tenemos en cuenta la última versión del Programa de Estabilidad del Reino de España para el período 2017-2020, el horizonte plurianual macropresupuestario del gasto público no es de aumento, sino de disminución, de modo que pocas esperanzas realistas hay de que el gasto autonómico pueda aumentar mínimamente –y, desde luego, muchas menos esperanzas cabe albergar sobre la recuperación de los créditos perdidos–.

Ante estos datos, cabe preguntarse con razón si la ley ha caído en la irrelevancia. ¿Es una ley puramente simbólica, un adorno ornamental sin eficacia jurídica práctica, una ley zombi que camina sin vida en su interior? Si ello es así, ¿qué política normativa deberíamos proponer? ¿Suprimirla sin más, o modificarla? En este último caso, ¿en qué sentido?

Regap



NOTAS

### 3 Las dificultades de la evaluación normativa

Muchas cosas han pasado a lo largo de este período de tiempo en la gestión pública de nuestro país y en la propia realidad socioeconómica.

Precisamente por ello, es preciso felicitar al Consello da Cultura por su iniciativa de reflejar colectivamente sobre los resultados y desafíos hacia el futuro que suscita esta ley. Con ella, el Consello da Cultura está desempeñando un papel necesario, que debería hacer el propio Gobierno gallego: no solo por su propio interés, sino incluso por cumplimiento de sus deberes legales. En efecto, desde hace años la regulación básica de los programas normativos obligan a hacer una evaluación y seguimiento de la aplicación de las normas para garantizar la “buena regulación” y la “mejora regulatoria”<sup>7</sup>. El artículo 130.1 de la Ley 39/2015, bajo la rúbrica “evaluación normativa y adaptación de la normativa vigente a los principios de buena regulación”, establece que:

*“Las administraciones públicas revisarán periódicamente su normativa vigente para adaptarla a los principios de buena regulación y para comprobar en qué medida las normas en vigor han alcanzado los objetivos previstos y si estaba justificado y correctamente cuantificado el*

<sup>7</sup> Me refiero a los artículos 4 y 7 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, hoy sustituidos por los artículos 127 y siguientes de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

*coste y las cargas impuestas en ellas. El resultado de la evaluación se plasmará en un informe que será hecho público, con el detalle, periodicidad y por el órgano que determine la normativa reguladora de la Administración correspondiente”.*

Estamos ante una obligación legal (nótese el imperativo “revisarán”) que no parece estar siendo especialmente aplicada por las administraciones públicas.

En concreto, la Xunta de Galicia no destaca por satisfacer correctamente las obligaciones concretas de evaluación de resultados de la aplicación de sus propias normas. Y el incumplimiento está especialmente presente en el ámbito del derecho cultural. No solo en el caso de la Ley 17/2006, sino incluso en otros ámbitos entre los que merece mencionarse la propia Ley 5/2016, del patrimonio cultural de Galicia, cuya elaboración se hizo sin que se hubiese acometido un estudio de evaluación normativa de la Ley 8/1995<sup>8</sup>; y el Decreto 79/2010, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria (disposición adicional quinta<sup>9</sup>).

Tales defectos de la evaluación normativa no son puntuales ni casuales. Son claramente estructurales, e incluso características de la acción político-administrativa predominante en Galicia durante todo el período autonómico. La tendencia a aprobar normas cuyo desarrollo es selectivamente incompleto se complementa necesariamente con la tendencia de no evaluar con transparencia esa inaplicación selectiva de las normas, pues ambas tendencias son funcionales a la necesidad de ocultación del carácter simbólico, formal o, si se quiere, ideológico –en el sentido marxiano, de distorsión de la realidad al servicio de la reproducción social– del cambio normativo. Tal “encantamiento” permite generar una idea de normatividad, de validez, que no se acaba reflejando en el plano de la facticidad precisamente porque no afecta a las formas profundas de regulación social (política, económica) cuya pervivencia se pretende salvaguardar por debajo de la capa jurídica de las normas legales.

Por lo demás, seguimos teniendo un déficit de fuentes de conocimiento estadístico normalizado de los sectores regulados, así como diversas dificultades en el acceso a la información que atesoran las administraciones públicas, a pesar de las leyes de transparencia. Esta es la razón por la que tenemos tanta dificultad para cumplir con los deberes de evaluación normativa en un país tan conservador en tantos aspectos como el nuestro.

No ocurre lo mismo, por ejemplo, en Francia, donde las cámaras legislativas mantienen sistemas de informe y actualización de las leyes aprobadas, precisamente para evaluar la necesidad o no de adaptarlas a los cambios que inevitablemente se van produciendo en la sociedad.

Pero aquí, en nuestro país, y en este sector, el trabajo público de seguimiento de las políticas públicas es desarrollado por el Consello da Cultura de Galicia. Y, en este sentido, además

---

8 Vid. mi trabajo “La ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollo”, *Patrimonio cultural y Derecho*, n. 21, 2017, pp. 91-146.

9 “Con periodicidad anual, después de finalizar el curso escolar, la consellería competente en materia de educación evaluará los resultados derivados de la aplicación de este decreto y desarrollará cuantas disposiciones fueran precisas para el mejor cumplimiento y adaptación de sus objetivos con el fin de que pueda acercarse gradualmente al marco de una enseñanza plurilingüe y a la plena aplicación de la Carta europea de las lenguas regionales o minoritarias”. El informe del Comité de Expertos sobre el cumplimiento de la Carta europea de las lenguas regionales y minoritarias en España, de 20 de enero de 2016 (ECRML 2016, 7), señala que la ausencia de información objetiva sobre el uso del idioma en la educación primaria y secundaria es intencionada (cfr. p. 84).

de la selección de datos realizada por el Observatorio da Cultura Galega –otro de los hijos putativos de aquella legislatura del Bipartito–, cabe ahora centrarse en la reciente *Diagnose da cultura galega. Datos para unha estratexia cultural no século XXI*.

En ella se recogen datos estadísticos cuantitativos disponibles en este sector para el período 2011-2016, fundamentalmente de procedencia estatal (operaciones estadísticas del INE, del Ministerio de Cultura y de la SGAE), así como un breve análisis cualitativo. Ambos aspectos, el cuantitativo y el cualitativo, son de interés para esta aportación, porque nos ayudan a enmarcar empíricamente los resultados de las políticas públicas autonómicas en este sector.

El balance de libros publicados en lengua gallega es inquietante: en 2016 se publicaron 500 libros en gallego menos que en 2011.

Libros inscritos en el ISBN por lengua de publicación:

	2011	2012	2013	2014	2015	2016
<i>Lenguas cooficiales</i>						
Castellano	76.181	73.449	61.610	62.506	62.526	67.212
Catalán	9.926	7.237	6.182	6.485	7.346	7.873
Gallego	1.711	1.353	1.143	1.439	1.394	1.211
Euskera	1.214	1.224	892	1.126	1.222	1.644
Valenciano	959	1.184	871	1.005	1.228	629
Asturiano	96	65	76	67	46	38
Aragonés	15	8	6	6	7	14
Aranés	3	12	3	9	12	14

Regap



NOTAS

Por lo que se refiere a libros traducidos del gallego a otras lenguas, la tendencia del período estudiado es también descendiente, pues se pasó de los 95 títulos de 2011 a los 54 de 2016. En las otras lenguas cooficiales la tendencia es inversa: en castellano aumentó un 15,9%, en catalán un 9,8% y en euskera un 35,6%.

El número de editores gallegos con actividad y libros editados inscritos en el ISBN pasó de 166 en 2011 a 130 en 2016, con una producción media de 18 libros anuales, lo que nos sitúa lejos del promedio español (28 libros).

La siguiente tabla, que recoge el número de libros con ISBN publicados en gallego, es también expresiva del descenso del sector en el período 2008-2016:

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Total	2.482	2.121	2.544	1.997	1.621	1.426	1.439	1.394	1.211
Libro en papel	2.359	1.970	2.326	1.554	1.401	1.217	974	969	829
Otros soportes	123	151	218	443	220	209	465	425	382

Fuente: Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. *Panorámica de la edición española de libros 2016*.

El porcentaje de libros publicados en gallego en Galicia también desciende, pasando del 66,4% en 2011 al 50,7% en 2016. Sigue predominando el formato en papel, que supone

el 68,4 % del libro publicado en gallego en 2016. En cuanto a las materias, predominan la literatura y la enseñanza<sup>10</sup>, perdiendo peso las materias científicas<sup>11</sup>.

La edición privada supone el 93 % de toda la edición de libros en gallego, y la edición pública, un 7 %.

Por su parte, el análisis cualitativo de estos datos destaca los cambios experimentados en el ámbito del libro educativo, cambios que tuvieron que ver con la crisis económica y la reducción de los presupuestos de gasto social, pero también con los cambios regulatorios experimentados, como los cambios de los currículos educativos y las lenguas vehiculares de las materias como consecuencia del Decreto 79/2010, de 20 de mayo, para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria<sup>12</sup>, y con cambios experimentados por la expansión de la venta online: “*hay que destacar la aparición de un nuevo agente de venta muy fuerte, que es AMAZON y su venta online. Este es el fenómeno más importante de los últimos años en la cadena de todo el proceso de creación y venta de libros*”<sup>13</sup>.

Todos estos factores hacen que el sector del libro gallego afronte graves peligros a medio y largo plazo. El número de lectores y lectoras potenciales se está reduciendo significativamente, y las tendencias del mercado caminan hacia la contracción del sector editorial gallego.

A pesar de que la incorporación del libro electrónico está muy por debajo de las expectativas (apenas un 8 %), la *Diagnose* señala que la “*Administración gallega sigue erróneamente esta tendencia e intenta dedicar cada vez más recursos a la digitalización del libro con la creencia de que se trata de la nueva panacea, pero hoy en día la mayor parte de los lectores del libro en gallego está relacionada con el libro impreso y con el sistema de lectura en las escuelas*”.

En el ámbito de la compra pública, también destaca el hecho de que los recursos destinados por la Administración a la compra de novedades para la red de bibliotecas públicas se sitúa en la actualidad en los 200.000 €, cuando llegó a ser de 800.000 € anuales. Este hecho cambió la fotografía de la situación editorial, ya que sobrevivieron cuatro editoras profesionales, mientras que el resto del sector son microempresas que subsisten realizando otras actividades.

La *Diagnose* señala que los problemas del sector no se explican solo desde el punto de vista del escaso nivel de recursos públicos destinados a su apoyo. La responsabilidad de la Administración gallega no termina en la concesión de recursos, sino también, de manera muy destacable, en la falta de sensibilidad político-administrativa respecto al sector: “*Mientras no haya una visión de que el libro, al igual que la lengua, tienen que ocupar el espacio que merecen en la valoración no solo de la sociedad, de la escuela, de la universidad o de*

---

10 En el análisis cualitativo, el informe del Consello da Cultura Galega, destaca el hecho de que “*en el año 2016, según la clasificación de editoriales por facturación, solo hay tres empresas que facturan más de un millón de euros. La primera que aparece en este listado es Kalandraka, con una facturación de cerca de los 2,8 millones de euros, seguida por Xerais, con más de 1,7 millones, y de Galaxia, que supera ligeramente los 1,2 millones. A mucha distancia estarían Hércules, Galinova, Nova Galicia, Xerme (delegación de SM en Galicia) o Rinoceronte. De esta información se puede extraer una conclusión: entre las cuatro primeras editoras solo Xerais publica libro educativo, lo que significa que ya no se depende tanto del mercado escolar, aunque lógicamente la literatura infantil y juvenil sí tiene una presencia enorme en ese mercado. Esto tiene relación con la renovación de las políticas del libro de texto*” (369).

11 Como dato curioso, hay que señalar que en la materia de Derecho y Administración Pública en 2011 se publicaron en gallego 167 libros; en 2012, 19, en 2013, 8, en 2014, 9, en 2015, 3 y en 2016, 5...

12 Dice así la *Diagnose*: “*El cambio fue muy importante y está relacionado con la crisis económica, con las nuevas leyes que prorrogaron los años de vigencia de las ediciones (pasaron de cuatro a seis), con la llegada e inicio de los bancos de libros de texto en los centros escolares, con el cambio de las materias que se impartían en lengua gallega y ahora no, etc.*”. Cfr. p. 370.

13 *Ibidem*.

*la familia, sino también de la propia Administración, no habrá solución. En este sentido, la percepción de los profesionales de la cultura es que la sensibilidad de la Administración debería mejorar si cree en un país con una cultura propia, con una lengua propia y con un patrimonio que debería cuidarse mucho más”.*

La coherencia de la acción político-administrativa desarrollada desde la Xunta también deja mucho que desear, señalándose como ejemplo el hecho de que *“el Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) no considera las editoras como industria sino como empresas de servicios, y por lo tanto no se les conceden ayudas. Sin embargo, a las imprentas sí se les dan ayudas y tienen líneas de apoyo para la compra de maquinaria, etc. Todas las ayudas van dirigidas al campo digital, a la digitalización, y desde la propia administración se les marca esa dirección a las editoriales como camino prioritario”* (p. 373).

La anterior diagnosis del sector regulado, con ser obviamente discutible y mejorable, nos ofrece el necesario apoyo sobre el conocimiento empírico disponible para poder desarrollar una valoración de los resultados u *output* de la Ley 17/2006. Teniendo en cuenta estos datos, lo que vamos a hacer a continuación es desarrollar una evaluación de los instrumentos jurídicos utilizados en ella.

## 4 Los tres elementos jurídicos esenciales de la ley

A tal efecto, no vamos aquí a reiterar o glosar los contenidos de esta ley de 36 artículos y siete capítulos, sino que nos vamos a centrar en los que, en mi opinión, son los tres elementos esenciales o estructurantes que configuran el carácter de la ley, cuyo repaso nos permite valorar mejor sus posteriores rendimientos. Esos tres elementos son los siguientes:

- Un intervencionismo autonómico blando ante la complejidad del marco regulatorio de las industrias culturales.
- La falta de una política pública sistemática e integral de desarrollo de la ley.
- La carencia de instrumentos jurídicos de garantía del gasto en cultura.

### 4.1 Un intervencionismo autonómico blando ante la complejidad del marco regulatorio de las industrias culturales

Estamos ante una norma de rango legal que aborda la regulación de un sector *mixto*: un sector cultural dotado de un claro contenido económico; o, dicho a la inversa, un sector económico –a caballo entre el industrial y el sector servicios– dotado de un contenido cultural.

El carácter mixto de este sector determina la existencia de un intervencionismo público blando, de baja intensidad, que debe combinar con cuidado diversos aspectos o ingredientes. En efecto, los aspectos identitarios del interés de la comunidad autónoma –la pervivencia de sus rasgos de identidad cultural y lingüística, que conforman la propia razón de ser de su autogobierno, de conformidad con nuestro Estatuto de autonomía– deben combinarse y respetar:

- Por una parte, la naturaleza económica del sector del libro.

Regap



NOTAS

– Por otra, el hecho de que el libro tiene un significado constitucional vinculado con las libertades públicas y derechos relativos a la libertad de expresión, especialmente con el rasgo del pluralismo que impregna ese significado constitucional.

La regulación de este sector económico característico y muy importante de las industrias culturales sitúa la Ley 17/2006 a caballo entre el mercado y la cultura, con todos los problemas competenciales y sustantivos propios de estas materias en un Estado tan falsamente descentralizado como el español de 1978. De hecho, la Ley 17/2009 comparte no pocos paralelismos con la Ley 6/1999, de 1 de septiembre, del audiovisual de Galicia, tanto en enfoques regulatorios como en soluciones técnicas.

Por motivos que tienen que ver con la configuración dada al bloque de la constitucionalidad por el Tribunal Constitucional –una configuración que deturpó las potencialidades federalizantes del texto constitucional y reforzó las capacidades regulatorias estatales–, las competencias interventoras de la comunidad autónoma gallega en esta materia aparecen doblemente condicionadas por títulos competenciales estatales generales del artículo 149.1 y por una interpretación centralista expansiva del artículo 149.2 CE por la parte del Tribunal Constitucional<sup>14</sup>.

Al amparo de este artículo 149.2 CE y otros títulos competenciales del Estado, como el régimen aduanero y comercio exterior, bases y coordinación general de la planificación económica, bibliotecas de titularidad estatal y legislación sobre propiedad intelectual<sup>15</sup>, la Administración general del Estado no renunció a dar una regulación cuasibásica a tres aspectos del libro (el ISBN y el precio fijo, o depósito legal<sup>16</sup>), cuya regulación por el Estado viene siendo habitual desde la Ley de protección al libro español de 18 de diciembre de 1946 y la Ley 9/1975, de 12 de marzo, del libro. Asimismo, el legislador central aprovechó para introducir habilitación legal a las competencias ejecutivas estatales sobre el fomento de la lectura mediante planes.

Además de lo anterior, no se debe olvidar que, de conformidad con la naturaleza económica del sector del libro, sus regulaciones administrativas deben respetar los rasgos esenciales de las políticas comunitarias, muy principalmente la prohibición de ayudas de Estado ilícitas. Por eso las subvenciones al libro deben ser informadas por la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea, al amparo de los artículos 107 y 108 del TFUE.

Como consecuencia de esta configuración de las políticas públicas a nivel de Estado, las posibilidades regulatorias de los mercados culturales autonómicos son débiles y, en todo caso, poco seguras.

---

14 Me remito para más detalles argumentales a mi aportación “Constitución y patrimonio cultural, 40 años después”, Marzal Raga, R. (dir.), *Estudios jurídicos sobre el patrimonio musical*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

15 De conformidad con la disposición última segunda de la Ley 10/2007, estatal de la lectura, del libro y de las bibliotecas, “La presente Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.2 de la Constitución Española, que dispone que, sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las comunidades autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial, y además por los siguientes títulos competenciales:

a) El artículo 8, que se dicta al amparo del artículo 149.1.10.º.

b) Los artículos 9, 10, 11, 16 y 17, que se dictan al amparo del artículo 149.1.13.º.

c) El artículo 13, que se dicta al amparo del artículo 149.1.28.º, y

d) Las disposiciones adicional primera y final primera, que se dictan al amparo del artículo 149.1.9.º de la Constitución Española.”

16 *Vid.* en este sentido la Ley 23/2011, de 29 de julio, del depósito legal, que se aprueba precisamente al amparo de la remisión normativa prevista en la disposición adicional primera de la Ley 10/2007.

Sin embargo, es preciso subrayar que incluso en clave jurídica global, hoy la Convención internacional (UNESCO) sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales hecha en París el 20 de octubre de 2005, ratificada por el Reino de España justo cuando entraba en vigor a Ley 17/2006<sup>17</sup>, y por tanto incorporada al acervo de nuestro derecho interno desde entonces, permite fundamentar con solidez las denominadas “excepciones culturales”, es decir, la adopción de medidas proteccionistas frente al funcionamiento libre de los mercados<sup>18</sup>. En este sentido, conviene recordar que el artículo 6.1.b) de la convención propone como posibles medidas a adoptar por las partes aquellas “(...) que brinden oportunidades, de modo idóneo, a las actividades y los bienes y servicios culturales nacionales, entre todas las actividades, bienes y servicios culturales disponibles dentro del territorio nacional, para su creación, producción, distribución, difusión y disfrute, comprendidas disposiciones relativas a la lengua utilizada para tales actividades, bienes y servicios”. Del mismo modo, hay que recordar que la Unión Europea también ratificó (concretamente, en diciembre de 2006) esta convención. La Agenda Europea de la Cultura contempla desde 2007 con naturalidad medidas protectoras de esta diversidad<sup>19</sup>, más allá de una lectura ordoliberal estricta de la construcción del mercado europeo.

Quizás, por ejemplo, esta perspectiva podría ser utilizada para volver a un sistema de gratuidad distinto del actual régimen de devengo de derechos de autor por préstamo bibliotecario, o para afianzar una política de “moderación” de la aplicación estricta de la nueva Ley de contratos del sector público para la compra pública de libros.

En efecto, por la presencia de diversos factores técnicos (el precio fijo del libro y la posibilidad de descuento de hasta un 15 %, la paulatina rigidez de los contratos menores, etc.) la Ley 9/2017 puede provocar una concentración de la compra pública de libros en las grandes distribuidoras internacionales, en detrimento de las editoras y distribuidoras locales, por lo que se impone una política estratégica que vele por el mantenimiento de las pymes que trabajan en este sector cultural<sup>20</sup>.

## 4.2 La falta de una política pública sistemática e integral de desarrollo de la ley

La acción del Gobierno durante la legislatura 2005-2009 no fue en este ámbito –tampoco en otros– todo lo coherente que debería haber sido. Para ejemplificar esta autocrítica, basta con señalar cuatro debilidades:

17 Instrumento de ratificación publicado en el BOE n. 37, de 12 de febrero de 2007.

18 Sobre la excepción cultura, *vid.* ARCOS MARTÍN, R., *La lógica de la excepción cultural. Entre la geoeconomía y la diversidad cultural*, Cátedra, Madrid, 2010.

19 *Vid.* la Resolución de 16 de noviembre de 2007, relativa a una Agenda Europea para la Cultura, DOUE C 287/1, de 29 de noviembre de 2007. Las acciones prioritarias son:

- Mejorar las condiciones para la movilidad de artistas y otros profesionales del ámbito cultural,
- Promover el acceso a la cultura, en particular mediante la promoción del patrimonio cultural, el multilingüismo, la digitalización, el turismo cultural, las sinergias con la educación, especialmente la educación artística, y una mayor movilidad de las colecciones,
- Desarrollar datos, estadísticas y metodologías en el sector cultural y mejorar su comparabilidad,
- Aprovechar al máximo el potencial de las industrias culturales y creativas, en especial el de las PYME,
- Promover y aplicar la Convención de la Unesco sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales”.

20 Ahí está el caso del Acuerdo Marco de la Biblioteca Central de la Universidad de Sevilla, que licitó en 2017 por 4 años el suministro de libros por un importe de 2.298.723 €, resultando adjudicatarias un total de 21 PYMES. Puede accederse a la adjudicación de este expediente en el siguiente enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2018/06/30/pdfs/BOE-B-2018-35581.pdf>. Un caso interesante sobre las peculiares condiciones de estas licitaciones de suministro de libros fue el resuelto por la Resolución n. 531/2017, de 16 de junio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. *Vid.* también la entrada de MORENO MOLINA. J.A., “Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017”, *Observatorio de Contratación Pública*, 26 de marzo de 2018.

– La primera, la ausencia de integración de las políticas del libro en el ámbito de actuación de la Agadic, la Axencia Galega das Industrias Culturais creada mediante la Ley 4/2008, de 23 de mayo<sup>21</sup>.

– La segunda, la ausencia de integración de la Ley del libro y los programas de gratuidad de los libros de la enseñanza, que venía desarrollando la Consellería de Educación desde 2003.

– La tercera, la falta de coordinación entre la Ley 17/2006 y la posterior Ley 5/2012, de bibliotecas, ley especial posterior que sustituye los preceptos de la ley que estamos analizando referidos a las bibliotecas (por ejemplo, el 22, fomento de la lectura en las bibliotecas). La Ley estatal 10/2007 optó por integrar todos estos aspectos en un único cuerpo legal.

– La cuarta, la ausencia de una política tributaria (IVA, incentivos al mecenazgo, impuesto de sociedades) que fuera capaz de contrarrestar el excesivo peso de la acción pública de fomento, así como una mayor densidad normativa de aspectos como la compra pública de libros o el contrato de sponsorship editorial.

Por supuesto, estos defectos de falta de acción pública integral se han incrementado con el paso del tiempo, y no puede decirse que hayan mejorado mucho en los tres gobiernos autonómicos gallegos apoyados con una amplia mayoría absoluta del Partido Popular.

También cabe señalar que las políticas propias del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte sobre promoción del libro y de la lectura promueven activamente la duplicidad de la acción pública, aparte de no ser excesivamente beneficiosas para el libro escrito en otras lenguas peninsulares cooficiales. Es sintomático que en la concesión de ayudas a entidades sin ánimo de lucro que promueven la industria editorial resueltas en noviembre de 2017 no haya ningún beneficiario gallego. En la concesión de ayudas a la edición de libros de 2017, solo hay una subvención concedida (a Galaxia). En la línea de subvenciones para la promoción de la lectura y las letras españolas de 2017, tampoco hay ningún beneficiario gallego. Por su parte, el Plan de Fomento de la Lectura 2017-2020 no contiene ninguna mención o medida destinada a la diversidad lingüística del libro en España.

### 4.3 La carencia de instrumentos jurídicos de garantía del gasto en cultura

El éxito de la Ley 17/2006 dependía en buena medida del compromiso económico-presupuestario de la Xunta de Galicia con las distintas medidas programáticas destinadas a la promoción, fomento y planificación del libro y su sector: ayudas específicas a los distintos agentes del libro: creadores y creadoras (artículo 5), traductores y traductoras (artículo 6), editoras (artículo 7), edición universitaria (artículo 8.5)<sup>22</sup>, sector de las artes gráficas y repro-

---

21 Según el artículo 3 de la Ley 4/2008, la Agadic tiene por objeto el impulso y la consolidación del tejido empresarial en el sector cultural gallego, cooperando en la aportación de factores productivos, en el fomento de la oferta de bienes y servicios y en la asignación de ingresos suficientes y estables. El artículo 3.2 define, a efectos de esta ley, que son empresas culturales privadas “*las organizaciones constituidas bajo cualquiera de las formas mercantiles reconocidas por la legislación vigente que se dediquen con carácter principal a la producción, distribución o comercialización de productos culturales incorporados en cualquier clase de soporte, de espectáculos en vivo y de factores de producción exclusivamente destinados al mercado cultural*”. Sin embargo, puede señalarse en nuestro descargo que en el ámbito de la Administración general del Estado, dentro de la Dirección General de Industrias Culturales y del Libro, el libro, la lectura “y las letras españolas” tienen una subdirección, y las industrias culturales y el mecenazgo, otra.

22 “*La Xunta de Galicia promoverá una línea específica de ayudas de carácter anual o bienal para potenciar la edición universitaria en lengua gallega realizada por los servicios centrales de publicaciones de las universidades gallegas sostenidas con fondos públicos en colaboración con los editores privados establecidos en Galicia*”.

ducción de soportes (artículo 9), las distribuidoras (artículo 10), las librerías (artículo 11), los clubes del libro (artículo 12), las bibliotecas (artículo 13)<sup>23</sup> y los lectores y lectoras (artículo 14).

Además de reconocer el sector editorial como estratégico, el artículo 4.1 de la ley ordena a la Xunta de Galicia que elabore y apruebe planes y programas de actuación, anuales o plurianuales, con dotación presupuestaria adecuada. Los resultados y la evaluación deberían tener que presentarse bienalmente en el Parlamento.

Sin embargo, estas obligaciones y compromisos no aparecían apoyados por mecanismos concretos técnicos de garantía. Ni se reservaban porcentajes concretos de presupuesto anual o plurianual para el sector, ni se preveían acciones concretas subjetivas de tutela, como las que pueden existir en el ámbito del derecho local<sup>24</sup>. En cuanto su contenido giraba alrededor de estas normas programáticas, coincido con José María Baño León en denominar este tipo de leyes como “*leyes promesa*”, que escenifican “*más ante el sector del libro que ante los ciudadanos la preocupación del Estado por ayudar al mundo editorial en su conjunto*”<sup>25</sup>.

Creo que esta es una deficiencia sobre la que conviene trabajar. Es necesario avanzar en la introducción de reglas jurídicas que garanticen la prevalencia normativa de las garantías de umbrales de gasto contenidos en las leyes sectoriales de desarrollo de derechos culturales sobre la actividad presupuestaria del ejecutivo (o incluso de su traducción en la Ley anual de presupuestos). A pesar de ser un desafío políticamente difícil, desde el punto de vista técnico es perfectamente asumible, como ha demostrado Juli Ponce Solé<sup>26</sup>.

De cara al futuro, los tres puntos jurídicos comentados son una referencia útil para guiar las líneas de fuerza de una eventual reforma de esta ley.

## Bibliografía

- AMOEDO SOUTO, C. A., “El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 99-100, 2014.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “La Ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia: una ley de baja calidad para un nuevo ciclo de desarrollismo”, *Patrimonio cultural y Derecho*, n. 21, 2017.
- AMOEDO SOUTO, C. A., “Constitución y patrimonio cultural, 40 años después”, Marzal Raga, R. (dir.), *Estudios jurídicos sobre el patrimonio musical*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

23 Téngase en cuenta que la Ley 5/2012, de 15 de junio, de bibliotecas de Galicia, como ley especial posterior sustituye los preceptos de la ley que estamos analizando referidos a las bibliotecas (por ejemplo, el 22, fomento de la lectura en las bibliotecas).

24 Vid. el artículo 170 de la Ley de haciendas locales, que permite que los particulares presenten reclamaciones contra el presupuesto municipal por omisión del crédito necesario para el cumplimiento de obligaciones exigibles a la entidad local, en virtud de precepto legal o de cualquier otro título.

25 Cfr. BAÑO LEÓN, J.M., “La promoción de los autores y la industria del libro en la Ley 10/2007”, Muñoz Machado, S. (dir.) *Comentarios a la Ley de la lectura, del libro y las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008, p. 106.

26 Vid. PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la irreversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

ARCOS MARTÍN, R., *La lógica de la excepción cultural. Entre la geoeconomía y la diversidad cultural*, Cátedra, Madrid, 2010.

BAÑO LEÓN, J. M., "La promoción de los autores y la industria del libro en la Ley 10/2007", Muñoz Machado, S. (dir.), *Comentarios a la Ley de la lectura, del libro y las bibliotecas (Ley 10/2007, de 22 de junio)*, Iustel, Madrid, 2008.

MORENO MOLINA, J. A., "Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017", *Observatorio de Contratación Pública*, 26 de marzo do 2018.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos: las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.

## Novidades laborais da Lei de contratos do sector público

# Novedades laborales de la Ley de contratos del sector público

## Labor developments of the Public Procurement Law



ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Profesor ayudante doctor  
Dep. Derecho del Trabajo y de La Seguridad Social  
Universidad de Valencia  
adrian.todoli@uv.es

Recibido: 17/09/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

**Resumo:** Este traballo ten como obxecto a presentación e unha análise superficial das principais novidades sociais ou de carácter laboral da Lei de contratos do sector público aprobada en novembro de 2017. Con iso, analízase a subrogación dos traballadores en caso de reversión de contratos públicas desde a perspectiva da subrogación legal, convencional e voluntaria. Pola súa banda, tamén se estuda a posibilidade de incorporar cláusulas sociais de materia laboral e social no prego de condicións das contratas.

**Palabras clave:** Cláusulas sociais, subrogación de traballadores, reversión de servizos públicos, contratación pública.

**Resumen:** Este trabajo tiene como objeto la presentación y un análisis somero de las principales novedades sociales o de carácter laboral de la Ley de contratos del sector público aprobada en noviembre de 2017. Con ello, se analiza la subrogación de los trabajadores en caso de reversión de contratos públicas desde la perspectiva de la subrogación legal, convencional y voluntaria. Por su parte, también se estudia la posibilidad de incorporar cláusulas sociales de materia laboral y social en el pliego de condiciones de las contratas.

**Palabras clave:** Cláusulas sociales, subrogación de trabajadores, reversión de servicios públicos, contratación pública.

**Abstract:** The present work has as objective the presentation and a brief analysis of the main social and labor innovations of the Law of Public Procurement approved last November. With this, the subrogation of workers is analysed in case of reversion of public contracts from the perspective of legal, conventional and voluntary subrogation. On the other hand, the possibility of incorporating social clauses of labor and social matter into the specifications of the contracts was also studied.

**Key words:** Social clauses, worker subrogation, reversion of public services, public procurement.

**Sumario:** 1 Objetivos en materia laboral de la Ley de contratos del sector público. 2 La subrogación del personal tras la finalización de la contrata. 2.1 ¿Prohibición de asunción de la plantilla? 2.1.1 Subrogación legal. 2.1.2 Subrogación convencional. 2.1.3 Subrogación voluntaria. 3 Cláusulas sociales. 3.1 Condiciones sociales obligatorias. 3.2 Cláusulas sociales en los criterios de adjudicación.

# 1 Objetivos en materia laboral de la Ley de contratos del sector público

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP), por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, introduce cambios sustanciales que superan con creces la mera transposición. Dichas novedades afectan en gran medida, más de lo que cabría esperar de una norma de eminente carácter administrativo, a cuestiones laborales. Esta incidencia sociolaboral es resultado inmediato de los requerimientos establecidos en las directivas traspuestas, las cuales vienen impregnadas a su vez por la actual Estrategia Europa 2020 de la Unión Europea, que impulsa a los poderes públicos a ejercer, en el desarrollo de su actividad ordinaria, un estímulo a un modelo de crecimiento “inteligente, sostenible e integrador” que incorpore necesariamente aspectos sociales. En este sentido, muchas de las novedades sociolaborales de la nueva normativa giran en torno a la idea de potenciar las posibilidades del sector público de perseguir el interés general no solamente en sus funciones como poderes públicos como tales, sino también en su actividad como agente económico en el mercado –esto es, cuando contrata con el sector privado–.

Concretamente, en el artículo primero de la ley se dice que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente, se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social”. Este primer artículo es concretado a lo largo del texto de la ley, bien sea imponiendo obligaciones para los órganos de contratación (artículo 202 LCSP), bien sea ampliando las posibilidades de los órganos de contratación de establecer obligaciones sociales, laborales o medioambientales a las empresas contratistas (artículo 145 LCSP), o bien sea estableciendo posibilidades de control –y posibilidades de resolución contractual– por parte del órgano de contratación de asegurar el cumplimiento de estas normativas por parte de los adjudicatarios del concurso (211.1 i)).

En resumidas cuentas, las novedades en materia laboral pueden agruparse en dos grandes grupos; i) por una parte, en materia de subrogación del personal acabada una contrata; ii) cláusulas sociales como criterio de adjudicación o como obligación durante la ejecución del contrato.

## 2 La subrogación del personal tras la finalización de la contrata

### 2.1 ¿Prohibición de asunción de la plantilla?

Uno de los problemas que plantea la contratación administrativa de servicios es la posibilidad de que, tras la finalización de esa contratación –por secuestro, resolución anticipada por incumplimiento del pliego por parte del contratista o por finalización del plazo–, la Administración asuma la gestión de dichos servicios. En este caso, la plantilla de la mercantil

privada podría tener derecho a continuar en sus funciones, teniendo el sector público obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores.

En efecto, la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, y el artículo 44 ET obligan a la subrogación de los contratos cuando en la asunción de la actividad por parte de la Administración hay también una transmisión de un “conjunto de medios organizados” en favor de la Administración<sup>1</sup>. Pues bien, sobre esta cuestión inciden varios artículos de la nueva normativa, aclarando algunas dudas surgidas recientemente, a la vez que la nueva normativa plantea dudas sobre cuestiones hasta ahora pacíficas.

### 2.1.1 Subrogación legal

La primera de las cuestiones surgidas consiste en conocer si, en caso de que los presupuestos de hecho del artículo 44 ET se planteen en una reversión de contratas, el sector público deberá asumir la plantilla de la previa mercantil. Esta obligación de sucesión era relativamente pacífica hasta la aprobación de las disposiciones adicionales 26.<sup>a</sup> y 34.<sup>a</sup> de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de presupuestos generales del Estado para 2017, las cuales parecen, siguiendo una interpretación literal, impedir la asunción de la plantilla por parte de las administraciones públicas tras una reversión de servicios públicos<sup>2</sup>. Pues bien, aquí es donde la nueva normativa de contratos del sector público parece aclarar esta cuestión, volviendo a la situación inicial en la que, en caso de que se cumplan los requisitos del artículo 44 ET (transmisión de empresa), el sector público deberá asumir la plantilla. En el sentido siguiente:

El artículo 308.2-II LCSP establece: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico-laboral, le corresponden a la empresa contratista”. En su literalidad esta normativa podría recordarnos a la DA 26 de la Ley de presupuestos de 2017, que impide la subrogación del personal. Sin embargo, el inciso seguido, en el cual la norma apremia a los responsables de la Administración a no realizar determinadas conductas que deriven el ejercicio de facultades correspondientes al contratista como titular de la relación laboral, nos indica que el precepto hace referencia a una eventual declaración de cesión ilegal, con la consecuente adquisición de la condición de indefinido no fijo por parte de los afectados. Esto es lo que pretende evitar esta normativa. Así pues, esto enlazaría con lo establecido en la DA 34.<sup>a</sup> LPGE-2017, la cual pretende, una vez más, impedir que se den situaciones de contratación temporal irregular o de cesión ilegal.

En cualquier caso, como ha señalado la doctrina más autorizada, estos preceptos se sitúan en el plano de la responsabilidad de los sujetos que toman esas decisiones y sin que pueda impedir los efectos laborales que tales decisiones vayan a provocar. Es decir, el artículo 308.2

1 Por todas, STJUE de 20 de enero de 2011 (C-463/09). Y ello con independencia de que esos medios fueran en primer lugar de la propia Administración, STJUE de 26 de noviembre de 2015 C-509/14, asunto ADIF/ALGEPESA.

2 En cualquier caso, a pesar de su literalidad, la mayoría de la doctrina se mostraba en contra de que este precepto pudiera evitar una subrogación legal. Ver ALFONSO MELLADO, C.L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n. 73, 2016, pp. 37 y 38; DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016, p. 5; GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y Derecho*, n. 42, 2018.

LCSP y la DA 34 LPGE-2017 establecen obligaciones sobre los apoderados administrativos cuyo incumplimiento podrá derivar en responsabilidades. No obstante, en caso de que, a pesar de esta normativa, se produzcan fraudes en la contratación laboral, esta norma no impedirá la aplicación de la normativa laboral al respecto y, en su caso, la conversión en indefinido no fijo de los trabajadores<sup>3</sup>.

Por otra parte, el artículo 130 LCSP parece derogar la DA 26 de la Ley de presupuestos-2017, estableciendo una solución distinta en materia de subrogación de trabajadores en caso de sucesión de empresas a favor de una Administración. En efecto, el artículo 130.3 LCSP establece que, “En caso de que una Administración pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”. De esta forma, en coherencia con la normativa europea y la normativa laboral, este artículo ve con normalidad la subrogación de trabajadores siempre que se cumplan los requisitos del artículo 44 ET para ello (“*si así lo establece una norma legal*”).

Así pues, esta normativa, a diferencia de la DA 26 de la Ley de presupuestos-2017, no requiere, para la aplicación de las consecuencias jurídicas de una transmisión de empresa en el ámbito de la revisión de servicios, ningún límite procedimental ni tampoco exige sentencia judicial ni proceso previo selectivo adaptados a las exigencias de los principios de mérito y capacidad<sup>4</sup>, como tampoco lo exige la normativa comunitaria y laboral.

Sumado a todo ello, recientemente, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 122/2018, de 31 de octubre, ha declarado inconstitucional, aunque por razones formales, parte de la DA 26 y de la DA 34 de la LPGE-2017, precisamente en aquella parte que impedía a la Administración asumir como indefinidos no fijos a los trabajadores subrogados, derivado del artículo 44 ET, tras una reversión de servicios públicos.

### 2.1.2 Subrogación convencional

En esta segunda cuestión han surgido dudas que antes no existían por ser pacífica la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se está haciendo referencia a la posibilidad de que los convenios colectivos obliguen a las AAPP a asumir los trabajadores tras una reversión cuando no se dan los requisitos del artículo 44 ET. Es decir, cuando no ha habido transmisión de medios organizados de la mercantil saliente a favor de la Administración entrante. Pues bien, en este caso no se puede hablar de obligación de subrogación de trabajadores de origen legal puesto que no se está ante el supuesto del artículo 44 ET. Sin embargo, es pacífico en la doctrina laboralista aceptar la posibilidad de que los convenios colectivos obliguen a una empresa a asumir la plantilla de la empresa saliente de una contrata si así lo dispone el convenio colectivo que es de aplicación. Y ello sigue siendo pacífico cuando son dos empresas privadas las implicadas. La duda históricamente se ha planteado cuando la receptora es una Administración pública.

3 GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, cit., pp. 13 y 14.

4 GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contrataciones y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)”, *Trabajo y Derecho*, n. 43-44, 2018, pp. 111 y ss.

Pues bien, en este último caso, varios pronunciamientos del Tribunal Supremo establecen que no es posible la subrogación convencional en una Administración pública. Para llegar a dicha conclusión, aplica la doctrina de la no afectación de una norma colectiva respecto a sujetos no integrados en su ámbito de aplicación ex artículo 82.3 ET. Esto es, dado que la Administración no negocia el convenio colectivo –ni forma parte de las asociaciones empresariales que los negocia–, no estaba obligada ni vinculada por lo que diga el convenio<sup>5</sup>.

Sin embargo, en la actualidad surgen algunas dudas, dado que el artículo 130.3 LCSP hace referencia a “norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”.

Así pues, caben dos posibles interpretaciones ante la referencia al convenio colectivo como habilitante de una subrogación de personal al finalizar una contrata.

Por una parte, dado que hace alusión a “convenio colectivo”, sería posible entender que se refiere a los convenios colectivos de sector, lo que derogaría *de facto* la jurisprudencia que se viene comentando.

Por otra parte, se puede entender que la llamada al convenio colectivo se refiera realmente al “convenio colectivo aplicable”. Y, por tanto, la doctrina del Tribunal Supremo seguiría totalmente vigente, impidiendo que un convenio de sector pueda imponer una sucesión convencional a una Administración.

En mi opinión, la interpretación que más probabilidades tiene de consolidarse es la segunda, por dos razones: i) La primera es que, a pesar de que no dice “convenio colectivo aplicable”, una interpretación lógica nos lleva allí; ii) la segunda es que, si el legislador hubiera querido romper con uno de los pilares básicos de la negociación colectiva, como es el principio de correspondencia del artículo 82.3 ET, lo hubiera dicho de forma contundente. Es decir, que la falta de un adjetivo no parece que sea suficiente para que se dé por muerto el principio de correspondencia en la Administración.

No obstante, que la segunda interpretación sea la que probablemente prevalezca no quiere decir que no tenga utilidad este artículo 130 LCSP, y es que aclara algo en lo que antes había dudas. En efecto, parece que la normativa, cuando nombra a los convenios colectivos, está haciendo referencia a los negociados entre administraciones y sindicatos de la Administración pública conforme al artículo 38 del EBEP<sup>6</sup>. Así pues, si este tipo de acuerdos colectivos recogen obligaciones de subrogación, esta deberá ser cumplida por las administraciones.

Es más, dada la mención legal a “un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”, sería posible que en la subrogación convencional se pactara, vía 83.3 ET, un acuerdo interprofesional al respecto suscrito por sindicatos legitimados en el ámbito respectivo y la

5 Así se ha resuelto incluso para actividades que previamente fueron privatizadas (STS de 11 de julio de 2011 o de 19 de mayo de 2015). Cabe decir que en la STS de 17 de junio de 2011 dicho tribunal aceptó la aplicación de un convenio de sector a un ayuntamiento que no disponía de convenio propio en materia de condiciones laborales; no obstante, el propio tribunal aclaró que esta aplicación del convenio no era en materia de subrogación, sino solo de condiciones laborales.

6 Así parece derivarse también de la tramitación parlamentaria y de la motivación de las enmiendas aprobadas. Ver GOERLICH PESET, J.M., y NORES TORRES, L.E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (III)”, cit., p. 112 (nota 32).

federación de municipios<sup>7</sup>. Por tanto, con el artículo 130.3 LCSP se abre la posibilidad de que en convenios o acuerdos con la Administración se establezca la subrogación convencional en caso de reversión de una contrata pública a favor de una Administración.

### 2.1.3 Subrogación voluntaria

La asunción voluntaria de la plantilla por parte de la Administración –sin que exista obligación legal ni convencional– suele ser el supuesto más típico, dado que resulta la situación más cómoda para la Administración pública correspondiente. Efectivamente, esta subrogación decidida de modo unilateral por la Administración permitirá la continuidad ininterrumpida del servicio, a la vez que calmará las protestas de los trabajadores que, en otro caso, se quedarían sin su puesto de trabajo y muy probablemente sin empleo. No obstante, esta parece la solución más complicada de abordar legalmente. En efecto, el artículo 130 LCSP, cuando enumera las posibilidades de subrogación de la plantilla, no expone la asunción voluntaria como una de ellas. De la misma manera, el artículo 308 LCSP expresamente impide a los responsables de las administraciones realizar acciones que impliquen la consolidación de la plantilla una vez terminada la contrata.

Así pues, parece que la única manera de que la voluntad de la Administración permita la subrogación de la plantilla será si se ha pactado con los sindicatos legitimados a través de un convenio colectivo o acuerdo de eficacia general.

## 3 Cláusulas sociales

El propio preámbulo de la norma aquí glosada establece como uno de los dos objetivos principales obtener una mejor relación calidad-precio en la contratación, especialmente a través de la inclusión de aspectos cuantitativos, medioambientales y sociales al objeto del contrato público. Así pues, en coherencia con estas declaraciones, el articulado de la norma se exploya concretando en qué medida se tendrán en cuenta estos criterios sociales en materia de contratación. Y lo hace de dos formas; i) primero, estableciendo requisitos sociales de obligatorio cumplimiento, esto es, no dispositivos para los órganos de contratación; ii) segundo, estableciendo listas de posibles cláusulas sociales que los órganos de contratación pueden fijar, si lo desean, en los pliegos como criterios de adjudicación.

### 3.1 Condiciones sociales obligatorias

En este grupo se incluiría el artículo 149.4 LCSP, que establece la obligación de rechazar las ofertas si se comprueba que son anormalmente bajas porque vulneran la normativa sobre subcontratación o no cumplen las obligaciones aplicables en materia social o laboral, nacional o internacional, incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes.

Esta obligación no es potestativa para los órganos de contratación, los cuales están obligados a rechazar propuestas económicas que basen su oferta económica más ventajosa en tener

---

7 En Cataluña ya hay un ejemplo con el Acuerdo común de las condiciones para empleados públicos de entes locales de menos de 20.000 habitantes.

unas condiciones laborales para sus trabajadores menos favorables que lo establecido en el convenio sectorial vigente.

Inmediatamente, aquí surge esta pregunta: ¿Qué ocurre con la prioridad aplicativa del convenio de empresa (artículo 84.2 ET) o la inaplicación del convenio colectivo (artículo 82.3 ET)? Ambos mecanismos están permitidos por el Estatuto de los trabajadores y confieren a la empresa la posibilidad legal de establecer condiciones laborales inferiores al convenio.

Pues bien, ante este conflicto de normas, habrá que entender que la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la inaplicación del convenio colectivo, a pesar de ser mecanismos vigentes y legales, son incompatibles con el acceso a la contratación pública. Esto es, parece que el legislador ha querido impedir el acceso a la contratación pública a aquellas empresas que usen estos mecanismos si lo hacen para recudir condiciones laborales por debajo de lo establecido en el convenio de sector.

Las razones que justifican esta decisión legislativa pueden ser varias. La primera sería para evitar la conflictividad, dado que una empresa con el convenio inaplicado, normalmente, será más propensa al conflicto. En segundo lugar, de la misma manera, una empresa cuyo convenio de empresa paga salarios más bajos que los del sector puede tener, lógicamente, una mayor rotación de los trabajadores –que se irán a otras empresas del sector porque pagan mejor–. Este aumento en la rotación de los trabajadores puede reducir la calidad del servicio público prestado.

En tercer lugar, además de la calidad en la prestación, puede haber motivos de promoción del convenio sectorial, es decir, a pesar de que exista una prioridad aplicativa del convenio de empresa que se estableció en un momento determinado de crisis económica, es posible que ahora el legislador, poco a poco, quiera hacer resurgir, o devolver a su lugar, al convenio de sector y empiece haciéndolo con aquellas empresas con las que la Administración contrata.

Sea el motivo que sea, de lo que cabe menos dudas es de que ese fue el deseo del legislador, ya que en tres ocasiones, a través de tres enmiendas en el Senado, se intentó suprimir el término “sectoriales” para dejar únicamente “aplicables”, y las tres enmiendas decayeron. Es decir, se intentó suprimir la referencia al convenio sectorial y esta propuesta decayó.

Además, el artículo 122 LCSP vuelve a repetir la misma idea, al establecer que en el pliego de condiciones se deberá indicar la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al convenio colectivo sectorial de aplicación.

Por tanto, en conclusión, la ley impide utilizar un convenio de empresa que rebaje los salarios del sector o la inaplicación del convenio, tanto en la oferta económica realizada como durante toda la duración de la contrata<sup>8</sup>.

8 En el mismo sentido, GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentos Administrativos*, n. 4, 2017, p. 108, y MARTÍN HERNÁNDEZ, M.L., “Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Trabajo y Derecho*, n. 37, 2018. En contra, VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 417, 2017, y MARTÍNEZ SALDAÑA, D., y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., “Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017.

De hecho, en este sentido, el artículo 211 LCSP establece que los incumplimientos reiterados en el pago o en la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas del convenio colectivo será causa de resolución.

Aquí, la norma no habla de convenios colectivos sectoriales, pero parece que hace referencia a la obligación del artículo 122 LCSP, que sí habla de convenios colectivos sectoriales. Es decir, este mecanismo del artículo 201 en el fondo es un mecanismo de control del cumplimiento de las obligaciones; por tanto, tendría poco sentido que estuviera haciendo referencia a otras obligaciones distintas que las nombradas anteriormente en el propio texto normativo de la Ley de contratos del sector público.

No obstante, la mayor novedad de carácter no dispositivo para los órganos de contratación es la obligación de establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares al menos una de las condiciones especiales de ejecución de carácter social o medioambiental. Concretamente, de las de carácter social o relativas al empleo podrán introducirse, entre otras, con alguna de las siguientes finalidades: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en particular de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de empresas de inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el artículo 145 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; o garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las convenciones fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo, incluidas aquellas consideraciones que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo, con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

Cabe decir que, a pesar de que una de estas cláusulas es de inclusión obligatoria, el margen de elección para el órgano administrativo que redacta los pliegos es relativamente amplio. En cualquier caso, tal como establece el artículo 202.1 LCSP, el órgano administrativo puede establecer, de forma dispositiva, más de una condición especial de ejecución del contrato siempre que estén vinculadas al objeto del contrato. Ello significa que el listado que se acaba de nombrar podrá ser utilizado para añadir más condiciones especiales de ejecución si el órgano administrativo competente así lo entiende oportuno, siendo además este listado abierto, por lo que cabrían otras condiciones especiales de ejecución de carácter social no incluidas en ese listado siempre que estuvieran relacionadas con el objeto del contrato.

## 3.2 Cláusulas sociales en los criterios de adjudicación

Respecto a los criterios de adjudicación, existe un gran margen de discrecionalidad para el órgano administrativo, dado que el artículo 145.2 deja en manos de dicho órgano el establecimiento o no de criterios sociales para evaluar la relación calidad-precio de la oferta. No obstante, con el nuevo articulado de la ley parece quedar extinta la tradicional jurisprudencia que venía anulando los criterios de adjudicación que fueran distintos al precio de la contrata y que rechazaba cualquier vinculación entre la calidad de los servicios obtenidos de la contrata pública con la calidad del empleo en la contratista<sup>9</sup>.

En fin, en la actualidad los pliegos de condiciones podrán contener criterios de adjudicación relacionados con las siguientes finalidades (artículo 145.2.1.º): fomento de la integración social de personas con discapacidad, personas desfavorecidas o miembros de grupos vulnerables entre las personas asignadas a la ejecución del contrato y, en general, la inserción sociolaboral de personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social; subcontratación con centros especiales de empleo o empresas de inserción; planes de igualdad de género que se apliquen en la ejecución del contrato y, en general, la igualdad entre mujeres y hombres; el fomento de la contratación femenina; conciliación de la vida laboral, personal y familiar; mejora de las condiciones laborales y salariales; estabilidad en el empleo; contratación de un mayor número de personas para la ejecución del contrato; formación y la protección de la salud y la seguridad en el trabajo; aplicación de criterios éticos y de responsabilidad social a la prestación contractual; o criterios referidos al suministro o a la utilización de productos basados en un comercio equitativo durante la ejecución del contrato.

Regap



NOTAS

## Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales (atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”, *Revista de Derecho Social*, n. 73, 2016.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Problemas laborales en la “remunicipalización” de los servicios públicos”, *Trabajo y Derecho*, n. 17, 2016.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., “La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública”, *Documentos Administrativos*, n. 4, 2017.
- GOERLICH PESET, J. M., y NORES TORRES, L. E., “Aspectos laborales de la reversión de contratas y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (I)”, *Trabajo y Derecho*, n. 42, 2018.

<sup>9</sup> Como ejemplo de esta doctrina, véase la STSJ (Contencioso-Administrativo) de Madrid de 7 de julio de 2017 (Rec. 318/2016), la cual anula una cláusula de un pliego de condiciones en el marco de una contrata pública donde se establecían 15 puntos a aquellas empresas que se comprometieran a aplicar el convenio estatal para sus trabajadores. En el marco de la licitación para la adjudicación del contrato para la protección y seguridad de edificios del distrito de Chamartín, convocado por el Ayuntamiento de Madrid, se fijó como criterio en el pliego de condiciones la concesión de 15 puntos a las empresas que se comprometieran a aplicar a los vigilantes de seguridad el Convenio colectivo estatal. Pues bien, la sentencia aludida anula este criterio por entender que no está directamente vinculado con el objeto del contrato ni supone una mayor calidad en la ejecución de los servicios, además de suponer una “injerencia intolerable en el ámbito de la regulación salarial”. Véase una crítica a esta doctrina anterior a la Ley de contratos del sector público en <https://adriantodoli.com/2017/10/19/las-clausulas-sociales-en-los-pliegos-de-condiciones-ya-no-están-permitidas/>

GOERLICH PESET, J. M., y NORES TORRES, L. E., "Aspectos laborales de la reversión de contratos y concesiones administrativas: el impacto de las Leyes 3/2017 y 9/2017 (II)", *Trabajo y Derecho*, n. 43-44, 2018.

MARTÍN HERNÁNDEZ, M. L., "Principales aspectos sociolaborales de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público", *Trabajo y Derecho*, n. 37, 2018.

MARTÍNEZ SALDAÑA, D., y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X., "Cláusulas sociales, subrogación y otras cuestiones laborales en la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n. 47, 2017.

VALLECILLO GÁMEZ, M. R., "Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de contratos del sector público", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n. 417, 2017.

## Xurisprudencia contencioso-administrativa

### Jurisprudencia contencioso-administrativa

#### Contentious-administrative jurisprudence



FRANCISCO DE COMINGES CÁCERES

Magistrado (Galicia, España)  
f.cominges@poderjudicial.es

Recibido: 18/12/2018 | Aceptado: Aceptado: 20/12/2018

Regap



NOTAS

**Sumario:** 1 Administración local. 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar de su constitución por falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia. 1.2 Ejecución forzosa en vía administrativa del crédito que un ayuntamiento posee frente a otro, mediante la vía de la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado. 1.3 Provisión de jefaturas de servicio mediante el sistema de “concurso específico”. Omisión de informe del interventor municipal. 1.4 Disolución de organismos autónomos municipales. Integración de su personal en la estructura general del ayuntamiento, sin necesidad de superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva. 1.5 Provisión de la jefatura de personal de un ayuntamiento. Puesto de perfil eminentemente jurídico. Desviación de poder. 2 Contratos públicos. 2.1 Resolución de contrato de construcción y explotación de aparcamiento subterráneo por liquidación concursal de la concesionaria. Reclamación de indemnización por la inversión no amortizada. 3 Expropiación forzosa. 3.1 Determinación de la indemnización por los daños y perjuicios generados por la nulidad del expediente expropiatorio. 4 Medio ambiente, urbanismo y vivienda. 4.1 Anulación de proyecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudio de alternativas en la evaluación de impacto ambiental. Posibilidad de instalar depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar. 4.2 Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La Administración dispone de un plazo indefinido para ordenar su demolición. 4.3 Parcelación y uso residencial ilegal en suelo rústico protegido, disconforme con la licencia de hotel concedida. La negativa del propietario a ajustarse a la licencia conlleva la demolición de las edificaciones. 4.4 Viviendas de protección autonómica de precio concertado. Infracción muy grave por cobro de sobrepagos en la venta a terceros. Principios del procedimiento administrativo sancionador. 5 Personal. 5.1 Cese de funcionarios interinos. Carecen del derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado establecida en el Estatuto de los trabajadores para los despidos por causas objetivas. 5.2 Personal funcionario del cuerpo de extinción de incendios. Retribuciones. Pluses de nocturnidad y festividad. No son complemento de productividad. Deben integrarse en el complemento específico. 5.3 Obligación de proveer los puestos de trabajo por concurso. Excepcionalidad del sistema de libre designación. 5.4 Nombramiento de jefe de servicio por el sistema de libre designación. Deber de abstención del órgano de selección por su estrecho vínculo con el candidato seleccionado. Falta de

motivación. Desviación de poder. 6 Proceso contencioso-administrativo. 6.1 Determinación de la cuantía en procesos promovidos frente a multas coercitivas para la ejecución de órdenes de demolición. 7 Responsabilidad patrimonial. 7.1 Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria formulada por la anulación judicial de licencia que conlleva la demolición de la edificación autorizada. 7.2 Responsabilidad de los servicios autonómicos de emergencias por la “pérdida de oportunidad” derivada de la demora en la localización de un motorista accidentado con teléfono móvil operativo. 8 Tributos. 8.1 Impuesto sobre el incremento de valor de bienes de naturaleza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras la declaración de inconstitucionalidad parcial de su regulación. El reclamante debe acreditar que no se produjo un incremento del valor del bien. 9 Universidades. 9.1 Distribución equitativa y proporcionada de la carga docente entre el profesorado.

## 1 Administración local

### 1.1 Área metropolitana de Vigo. Suspensión cautelar de su constitución por falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia

En la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (TSJG) de 11 de octubre de 2018 (rec. 4263/2017, ponente: Martínez Quintanar), se confirma en apelación un auto de un juzgado contencioso-administrativo que dispuso la suspensión cautelar de la constitución, en diciembre de 2016, del Área Metropolitana de Vigo. Se motiva la sentencia en los siguientes argumentos:

*«(...) La valoración del “periculum in mora” requiere prestar especial atención al contenido de los acuerdos recurridos, adoptados en la sesión constitutiva del Área Metropolitana de Vigo (AMV) (...). Y ha de ponerse en relación con los motivos por los cuales la Administración autonómica recurrente considera viciadas de nulidad tales actuaciones relacionadas con la convocatoria y constitución de los órganos del AMV, relacionados con la falta de integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de Transporte Metropolitano de Galicia, lo cual considera que es un impedimento a la válida constitución y funcionamiento del AMV, por mandato de la Disposición Adicional décimo primera de la Ley 4/2012, de 27 de julio, del Área Metropolitana de Vigo, introducida por la Ley 14/2016, de 27 de julio, que estableció lo siguiente: “La efectiva puesta en funcionamiento del Área Metropolitana de Vigo requerirá la previa integración efectiva del transporte urbano de Vigo en el Plan de transporte metropolitano de Galicia, tras la formalización del correspondiente convenio de adhesión entre la Xunta de Galicia y el municipio. Esta incorporación se realizará en las mismas condiciones que el resto de los municipios gallegos adheridos al plan, garantizando la igualdad de tratamiento de todas las personas usuarias”.*

*(...) La Xunta de Galicia entiende que hasta ese momento en que la integración efectiva del transporte se haga realidad –momento que indudablemente no ha llegado, en lo que se refiere a la dimensión fáctica de la integración del transporte en el plano material– por imperativo legal, no cabe la constitución y funcionamiento del AMV, mientras que el Concello de Vigo sostiene lo contrario. La cuestión jurídica relativa al alcance de la interpretación de la Disposición Adicional 11.ª de la Ley 4/2012, de 27 de julio debe ser remitida a la sentencia. Pero de todo este contexto sí se deduce que la no adopción de la medida cautelar suspensiva o su revocación comportaría anticipar los efectos de una sentencia desestimatoria, privando de efectividad a la tutela judicial impetrada de los órganos jurisdiccionales, cuyo contenido sustantivo se orientaba a la pretensión de impedir el funcionamiento del AMV hasta que se*

*produjesen determinadas condiciones fácticas relativas al transporte metropolitano (integración efectiva), condiciones que indudablemente no se han producido. Ese contenido de la pretensión se vería irremediamente frustrado si se revocara la adopción de la medida cautelar suspensiva, y en términos gráficos podría decirse que la sentencia llegaría demasiado tarde, esto es, cuando el efecto que se quería impedir ya se habría producido y consumado.*

*(...) En este juicio cautelar basta constatar que el proceso de implantación del transporte metropolitano con la integración efectiva en el mismo del transporte urbano de Vigo no ha finalizado, que la Administración autonómica recurrente, aquí apelada, pretende que el AMV no entre en funcionamiento hasta que finalice ese proceso de integración efectiva y que la suspensión cautelar pretendida y acordada en primera instancia es la medida indispensable para garantizar que una futura sentencia estimatoria pudiera dar satisfacción completa a lo pretendido.*

*Por lo demás, resulta evidente el riesgo para la seguridad jurídica de permitir el funcionamiento de una entidad local que ha visto recurridos todos los acuerdos de su sesión constitutiva y respecto a la que se cuestiona que se cumplan los presupuestos para su constitución y para su funcionamiento, y que además no parece tener garantizado el ejercicio de las funciones esenciales de tesorería, secretaría e intervención, habida cuenta de la resolución de 16 de enero de 2017 de la Directora Xeral de Administración Local, que denegó la exención y acumulación de puestos de secretario, interventor y tesorero del AMV, “dado que los mismos no existen por no haber sido creados conforme al procedimiento establecido en la normativa correspondiente”. (...)*

*El riesgo para la seguridad jurídica se acentúa si se tiene en cuenta que ha visto inadmitida la solicitud de inscripción en el Registro de Entidades Locales de Galicia, precisamente, entre otros motivos, por la valoración de la imposibilidad de su constitución y puesta en funcionamiento a consecuencia de la Disposición Adicional 11.ª de la Ley 4/2012, además de por el cuestionamiento de la legitimación del solicitante de la inscripción, por no poder reconocérsele la condición de Presidente del Área Metropolitana en estos momentos. Todas estas cuestiones relacionadas con la interpretación de esa Disposición deberán ser resueltas en la sentencia que ponga fin al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Administración autonómica. (...).*

*La ponderación de intereses en conflicto no enerva las anteriores conclusiones. Todas las partes del procedimiento son Administraciones públicas, y todas por igual están llamadas a la defensa del interés general. No se han acreditado perjuicios ciertos por el hecho de demorar el funcionamiento de una entidad cuya ley de creación se remonta al año 2012, lo que evidencia el transcurso de varios años desde esa ley sin que se haya podido materializar un funcionamiento efectivo, y ello antes de la sesión constitutiva del año 2016 objeto de impugnación jurisdiccional, lo que ha de ser valorado para considerar más débiles los perjuicios derivados de la medida cautelar suspensiva que los que se pudieran derivar de su revocación, al postergarse en sede cautelar ese funcionamiento efectivo hasta que la resolución judicial sobre el fondo del asunto dilucide con carácter firme la legalidad (o nulidad) del proceso constitutivo y permita que sobre ese funcionamiento, cuando sea posible por existir esa resolución firme, no se ciernan las dudas existentes sobre su validez, dudas que a fecha de hoy se proyectarían sobre todas las actuaciones de la entidad (...).*»

Regap



NOTAS

## 1.2 Ejecución forzosa en vía administrativa del crédito que un ayuntamiento posee frente a otro, mediante la vía de la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado

Un ayuntamiento gallego le adeuda a otro limítrofe la cantidad de 2.800.000 euros. Para la ejecución forzosa de la deuda, el ayuntamiento acreedor le solicita a la Secretaría General de Financiación Autonómica y Local del Ministerio de Hacienda la retención de las transferencias por participación en tributos del Estado destinadas a la corporación municipal deudora. El ministerio desestima la petición esgrimiendo el principio de suficiencia financiera de las administraciones locales y la inaplicabilidad de la institución de la compensación de deudas a esta relación triangular entre el Estado y los dos entes locales en conflicto.

El TSJG, secc. 4.ª, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2018 (rec. 15557/2017, ponente: Fernández Leiceaga, recurrida en casación), desestima el recurso interpuesto por el ayuntamiento acreedor contra la resolución desestimatoria del Ministerio de Hacienda, tras interpretar lo dispuesto al efecto en el artículo 74 de la Ley 58/2003, general tributaria, con la siguiente fundamentación:

*«(...) O feito de que os entes locais teñan as mesmas prerrogativas –a efectos de cobro– que a facenda do Estado non posibilita que en calquera suposto no que se establece unha previsión para o Estado poida, sen máis, substituír a mención por ENTE LOCAL, e isto é o que acontece no caso de autos. O artigo 74.1 LXT establece: Extinción de débedas das entidades de dereito público mediante deducións sobre transferencias. 1. As débedas tributarias vencidas, líquidas e esixibles que as comunidades autónomas, entidades locais e demais entidades de dereito público teñan co Estado poderán extinguirse coas deducións sobre as cantidades que a Administración do Estado deba transferir ás referidas entidades. (...)*

*Entendemos que isto non é posible dada a literalidade do art. 74 LXT; o precepto distingue entre as competencias/potestades do Estado para facer a dedución sobre as transferencias, que xorden directamente da LXT das que lle corresponden ás comunidades autónomas/entes locais que se cinguen aos supostos e procedementos que establezan as leis específicas. Esta remisión obriga a acudir á lexislación que regula as PTE.*

*Debemos estar, polo tanto, dado que falamos dunha dedución sobre o PTE –art. 87 Lei 47/2003– á regulación específica desta materia, e a remisión obriga a acudir á Lei Xeral Presupostaria 47/2003 e á Lei de Presupostos do ano 2017 –lei 3/2017– sección 1.ª título VII, arts. 79 a 82, que só autoriza a facer a retención sobre os PTE cando se acorda por órganos de recadación da AEAT, da TXSS, do ICO e do Fondo de Financiamento ás entidades locais –art. 101– e non estende a posibilidade ós órganos de recadación dos entes locais. Tampouco o art. 60 RD 939/2005 prevé que se aplique ós entes locais.*

*Esta regulación legal non é arbitraria, xa que é consecvente co fin das PTE. Como indica a STC 45/2007: é preciso ter en conta que se o poder lexislativo opta por unha configuración legal dunha determinada materia ou sector do Ordenamento non é suficiente a mera discrepancia política para tachar a norma de arbitraria, confundindo o que é arbitrio lexítimo con capricho, inconsecuencia ou incoherencia creadores de desigualdade ou distorsión nos efectos legais (SSTC 99/1987, do 11 de xuño, FX 4.a; 227/1988, do 29 de novembro, FX*

5; 239/1992, do 17 de decembro, FX 5; 233/1999, do 16 de decembro, FX 12; e 73/2000, do 14 de marzo, FX 4”.

*Estamos ante unha previsión legal específica (por omisión) que non pode modificarse coa aplicación do art. 2.2 RDL 2/2004 e entender que, se o Estado pode facer a dedución por débedas que con el ten un ente local, a mesma potestade ten calquera ente local por débedas doutro ente local. Estamos ante unha norma especial aplicable a un suposto especial de compensación de débedas, e tódalas excepcións á norma xeral deben preverse de xeito expreso e non implícito. Proba desta imposibilidade é o propio art. 134.5 RDL 2/2004 que prevé, expresamente, a dita posibilidade para as débedas dun ente local con outra entidade local (Deputación) a conta da recarga provincial do IAE; previsión que sería innecesaria de entender que o art. 2.2 RDL 2/2004 xa dá abeiro á dita pretensión».*

### 1.3 Provisión de jefaturas de servicio mediante el sistema de “concurso específico”. Omisión de informe del interventor municipal

El TSJG, en su Sentencia firme de 2 de julio de 2014 (rec. 289/2012, ponente: Díaz Casales), anuló la Relación de Puestos de Trabajo del Ayuntamiento de Ourense por haber establecido sin la necesaria justificación el sistema de “libre designación” en lugar del de “concurso” para la provisión de un gran número de puestos de trabajo (jefaturas de servicio en su mayor parte). En su posterior Sentencia de 20 de junio de 2017 (rec. 32/2017, ponente: Seoane Pesqueira) censuró la práctica generalizada de dicha Administración local de cubrir sus jefaturas de servicio mediante nombramientos urgentes y provisionales en comisión de servicios. El ayuntamiento procedió a modificar su RPT atribuyendo el mecanismo del concurso para el acceso a la mayor parte de sus puestos. Después convocó la provisión de 14 jefaturas de servicio mediante “concurso específico” (artículo 91.1 p.º 2.º de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia) –BOP de Ourense núm. 270, de 24/11/2016–. Los concejales de un determinado partido político impugnaron la convocatoria y bases al considerar que se debía haber realizado por “concurso ordinario” y que además se había omitido el preceptivo informe del interventor municipal.

El TSJG en su reciente Sentencia de 11 de julio de 2018 (rec. 126/2018, ponente: Seoane Pesqueira) desestima el recurso, en fase de apelación. Considera en primer lugar que el ayuntamiento estaba obligado a utilizar el método del “concurso específico” para la provisión de las jefaturas, con las siguientes consideraciones:

*«(...) cuando la justificación del sistema de provisión viene contemplada en una norma con rango de Ley no es preciso que en la convocatoria específica se contenga una referencia o defensa particularizada del sistema de provisión elegido. En el caso presente la opción por el sistema de concurso específico respecto a las jefaturas de servicio en los Concellos se contiene en el artículo 91 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, de empleo público de Galicia. Según el artículo 4.1.b de dicha norma legal, la misma será de aplicación al personal funcionario de las entidades locales gallegas, mientras que el artículo 91.1 párrafo segundo establece que “Las jefaturas de servicio o puestos de nivel equivalente se proveerán por este sistema (concurso específico), salvo aquellos que, por sus especiales características, deban proveerse por el sistema de libre designación, con convocatoria pública”. En consecuencia, desde la entrada en vigor de dicha Ley 2/2015, que tuvo lugar a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de Galicia (disposición final quinta, apartado 1), publicación que se produjo*

Regap



NOTAS

*el 4 de mayo de 2015, la regla general es que las jefaturas de servicio han de proveerse por el sistema de concurso específico, siendo evidente que esa forma de provisión es preferente a la que figure en la respectiva relación de puestos de trabajo anterior, que es lo que sucede en este caso, en el que la relación de puestos de trabajo es previa a la promulgación de aquella normativa.*

*Ante la previsión concreta del concurso específico como sistema normal de provisión para las jefaturas de servicio en aquella Ley 2/2015 resulta fuera de lugar la mención que se hace en el recurso de apelación al Real Decreto estatal 364/1995, de 10 de marzo, del mismo modo que no puede ser operativa la cita de sentencias de otras Comunidades Autónomas (en concreto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla León), que tienen su normativa específica en la materia. (...) Lógicamente, si el legislador autonómico establece, en el artículo 91 de la Ley 2/2015, el concurso específico como sistema general de provisión de las jefaturas de servicio es porque entiende que dichos puestos presentan unas peculiaridades que les hace merecedores de aquella forma de cobertura, sin que sea preciso esperar a que la relación de puestos de trabajo especifique las singularidades de la función encomendada. Y es que, tal como argumenta el juzgador "a quo", es de toda lógica y acorde al sentido común, que, por ejemplo, al titular de una jefatura de servicio de urbanismo se le exija formación y experiencia en dicha materia sectorial, de la misma manera que a un jefe de servicio de hacienda y recaudación se le imponga un conocimiento profundo de las materias tributaria y presupuestaria. En efecto, si el concurso específico "consiste en la valoración de los méritos y las capacidades, conocimientos o aptitudes determinados en cada convocatoria, y relacionados con el puesto de trabajo a proveer" (artículo 91.3 de la Ley 2/2015) es lógico e idóneo que para la provisión de las jefaturas de servicio, junto a la fase de concurso de méritos, estén previstas otras pruebas de carácter práctico, memorias, entrevistas o tests profesionales, la valoración de informes de evaluación u otros sistemas similares, que han de guardar relación directa con el perfil del puesto de trabajo a proveer (art. 91.5 Ley 2/2015) (...).*

En segundo lugar, considera el tribunal gallego que la omisión del preceptivo informe del interventor municipal durante la tramitación de la convocatoria y bases no constituye en este caso un defecto invalidante, por las siguientes razones:

*«(...) El juzgador de primera instancia rechaza este motivo con el argumento de que, si bien el informe del interventor municipal de fiscalización previa debió haber sido recabado e incluido en el expediente, su omisión en este concreto caso constituye una irregularidad formal no invalidante (artículo 48.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) porque: 1º Es un hecho incontrovertido que las jefaturas de servicio convocadas figuran en la vigente relación de puestos de trabajo y plantilla municipal, con la correspondiente cobertura presupuestaria, concretamente se incluyeron en los presupuestos de 2014 (BOP de 10/1/2015), aprobados por la anterior Corporación municipal con el informe de fiscalización del interventor, presupuestos que se han ido prorrogando anualmente, mientras que las indicadas jefaturas están siendo ocupadas desde tiempo atrás por funcionarios nombrados en comisión de servicios, de modo que este proceso selectivo carece en la práctica de trascendencia económica efectiva en la Corporación local, pues no supone ni un incremento ni una disminución del gasto de personal que ya conllevaban las citadas jefaturas antes de la convocatoria; 2º El propio interventor municipal reconoció que existe crédito adecuado y suficiente para dichas jefaturas en la declaración*

*testifical que prestó (...), y 3º Tampoco se duda de la competencia del órgano municipal que aprobó la convocatoria y bases impugnadas.*

*En el recurso de apelación los recurrentes se aferran a la exigencia formal contenida en los artículos 213 y 214 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, pero no critican ni tratan de rebatir las argumentaciones esgrimidas por el juzgador de primera instancia, que tienen un peso específico indudable, ya que, pese a que se parte de que la omisión del informe del interventor municipal constituye una irregularidad formal, se niega que en este caso tenga la operatividad de invalidar todo el proceso, porque finalmente se constata que las jefaturas de servicio convocadas, además de figurar en la RPT y plantilla municipal, disponen de cobertura presupuestaria y no han de significar incremento del gasto de personal, existiendo crédito suficiente para aquellos puestos, por lo que es nula su relevancia económica en la Corporación local. La Sala se muestra de acuerdo con los argumentos y el rechazo de este motivo, porque, aparte de que no se discute el carácter incontrovertido del hecho fijado en la sentencia apelada, la anulación por esta razón en este caso conllevaría otorgar excesivo peso a un trámite que, si bien con carácter general tiene una trascendencia económica y presupuestaria indudable, en el caso presente no añade la información de importancia que se obtiene por otras vías, como son la cobertura presupuestaria previa de las catorce jefaturas, con su inclusión en los presupuestos de 2014 prorrogados y la admisión por el propio interventor de la existencia de crédito suficiente y adecuado, con todo lo cual se evidencia que la convocatoria de aquellos puestos no da lugar a un incremento de gasto de personal».*

Regap



NOTAS

#### 1.4 Disolución de organismos autónomos municipales. Integración de su personal en la estructura general del ayuntamiento, sin necesidad de superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva

La Asociación Profesional de Personal del Ayuntamiento de Ferrol impugnó el acuerdo de 27 de diciembre de 2012 del Pleno municipal que dispuso la extinción de varios organismos autónomos municipales (Instituto de Facenda, Patronato de Deportes y Patronato de Música y Artes Escénicas) con la simultánea integración de su personal y servicios en la estructura funcional de dicho ayuntamiento (BOP 07/02/2013). El TSJG en primera instancia estimó el recurso y anuló la integración del personal en la Administración municipal considerando que una parte de este había accedido a sus puestos de trabajo sin superar un procedimiento selectivo de concurrencia competitiva conforme a los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS), en su Sentencia de 19 de diciembre de 2018 (rec. 720/2016, ponente: Lucas Murillo de la Cueva), estima el recurso de casación interpuesto por el sindicato CIG, revoca la referida sentencia y desestima el recurso contencioso-administrativo, con la siguiente fundamentación:

*«(...) La Sección Séptima de esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la consideración como sucesión de empresas –y, por tanto, sobre la aplicabilidad del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores– de supuestos de extinción de entidades instrumentales públicas o privadas y de subrogación de agencias públicas empresariales de nueva creación en las relaciones jurídicas de que aquellas eran titulares con la consiguiente integración de su personal no funcionario. (...) En esas ocasiones, no se ha apreciado que tal operación, llevada a cabo en el marco de un proceso de reorganización administrativa del sector público, dispuesta por*

*el legislador autonómico, comportara infracción de los preceptos constitucionales y legales que rigen el acceso al empleo público ni de los preceptos que reservan a funcionarios determinados puestos de trabajo.*

*Tales pronunciamientos se hicieron en recursos promovidos por sindicatos y organizaciones de funcionarios así como por diversos funcionarios. En particular, se subrayó que la integración no afectaba a su derecho a acceder al empleo público pues ya formaban parte de él, al igual que el personal de las entidades suprimidas, esto último conforme a los artículos 2.1, 8.1 c) y la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. Y, aunque sí se consideró que podía incidir en el derecho a desarrollar la carrera funcional de los recurrentes en la instancia, también se advirtió que los principios de mérito y capacidad operan con más intensidad en el acceso al empleo público que cuando se trata de la carrera administrativa y, en todo caso, se observó que la afectación a esta última era eventual y futura por lo que no podía fundamentar la nulidad de la disposición impugnada.*

*Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 236/2015 no tuvo por inconstitucional la regulación legal que contemplaba dicha integración de personal laboral de las entidades suprimidas en las nuevas agencias públicas empresariales en el marco de las normas reguladoras de la sucesión de empresas y subordinándose su acceso a la condición de personal de la Administración de la Comunidad Autónoma a la superación de un proceso selectivo convocado en ejecución de ofertas de empleo público.*

*Las semejanzas entre los supuestos considerados por esas sentencias y el presente son manifiestas. Estamos, en efecto, ante la supresión de entidades públicas –pues no se discute que lo fueran el Instituto y los Patronatos– en el marco de una reorganización del sector público municipal como consecuencia del cual el Ayuntamiento pasa a gestionar directamente los servicios antes prestados por aquéllas y acuerda su subrogación en las relaciones jurídicas que ligaban a dichas entidades con sus empleados, algunos de los cuales eran funcionarios y otros laborales pero, en la medida en que trabajaban para esas entidades públicas y desde que pasaron a hacerlo –cosa que para los trabajadores del anterior recaudador de tributos sucedió en el año 2000– ya tenían la condición de empleados públicos, conforme a los artículos 2.1, 8.1c) y a la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público. De otro lado, la integración en nada afecta al derecho a acceder al empleo público de los recurrentes, todos ellos personal del Ayuntamiento, y la incidencia que pudiera tener en su carrera administrativa es eventual y, en todo caso, algo que, de producirse, tendría lugar en el futuro y podrían ser impugnadas las actuaciones que menoscabaran tal carrera.*

*Por tanto, de la jurisprudencia que expresan las sentencias indicadas resulta, sin lugar a dudas, que, en contra de lo sostenido por la Sala de La Coruña, era aplicable al caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y que la integración por sí sola no afecta a los derechos de los recurrentes. Por tanto el motivo ha de prosperar y la sentencia de instancia debe ser anulada.*

*(...) Pues bien, de cuanto se ha dicho resulta que es correcta la decisión de la corporación municipal de subrogarse en la posición que mantenían con su personal sus entidades públicas suprimidas. También son ajustadas a Derecho por razones obvias las previsiones sobre la integración de los funcionarios y del personal laboral que hubiere superado un proceso selectivo y estuvieren destinados en ellas. Por lo que hace al resto del personal, el juego de la sucesión de empresas implica el mantenimiento del régimen al que estaban sujetos y eso significa que el Ayuntamiento ha de adoptar las medidas necesarias para hacer frente a las*

*obligaciones que sus organismos autónomos contrajeron con sus restantes empleados no funcionarios con vínculo temporal o indefinido no fijo. (...)».*

1.5 Provisión de la jefatura de personal de un ayuntamiento. Puesto de perfil eminentemente jurídico. Desviación de poder

El TSJG, en su Sentencia de 19 de septiembre de 2018 (rec. 37/2018, ponente: Seoane Pesqueira), confirma en apelación la anulación de la resolución de un ayuntamiento que, por el sistema de concurso, le adjudicó el puesto de jefe de personal a un funcionario licenciado en farmacia estrechamente vinculado al partido político del equipo de gobierno. El alto tribunal gallego ratifica en esta sentencia la concurrencia del vicio de “desviación de poder” en el nombramiento recurrido, considerando en especial el perfil esencialmente jurídico del puesto convocado. Admite también la posibilidad de la impugnación indirecta de las bases de la convocatoria con motivo del recurso directo interpuesto frente al nombramiento final.

## 2 Contratos públicos

### 2.1 Resolución de contrato de construcción y explotación de aparcamiento subterráneo por liquidación concursal de la concesionaria. Reclamación de indemnización por la inversión no amortizada

En su Sentencia de 17 de diciembre de 2018 (rec. 4302/2017, ponente: Martínez Quintanar), el TSJG desestima en fase de apelación la reclamación indemnizatoria formulada contra el Ayuntamiento de Verín por la concesionaria de un aparcamiento subterráneo en proceso de liquidación concursal. Considera el tribunal, en primer lugar, que la apertura por el Juzgado de lo Mercantil de la fase de liquidación de la empresa contratista (en situación de concurso por causa fortuita) no produce automáticamente la resolución de la concesión administrativa, sino que es necesario que se solicite en el ayuntamiento y que éste la declare mediante la correspondiente resolución. En segundo lugar, la sala concluye que la falta de rentabilidad del aparcamiento se inserta en los principios de riesgo y ventura típicos de estas concesiones, no habiéndose producido un desequilibrio económico-financiero. Y, en tercer y último lugar, que en este caso concreto la contratista carece del derecho a recuperar los gastos de la inversión no amortizada (reconocido en el artículo 170 de la Ley 13/1995 de contratos de las administraciones públicas –LCAP–), porque en una cláusula del pliego que integra el contrato se dispuso la renuncia a percibir indemnizaciones por la resolución del contrato motivado en la quiebra de la adjudicataria. Concluye, así, la sentencia que:

*«(...) La literalidad de la cláusula 25 del pliego rector de la concesión no ampara la distinción realizada por la demandante. En la misma no se renuncia a una indemnización por “perjuicios o pérdidas sufridas por la concesionaria durante el tiempo de explotación del aparcamiento”. De hecho, el derecho a tal indemnización, como tal, no le correspondería nunca a la demandante, ya que las pérdidas derivadas de la explotación forman parte del riesgo y ventura asumido por el contratista, por lo que no podría renunciar a una indemnización a la que nunca podría tener derecho. La literalidad de la cláusula no admite dudas sobre su alcance, al establecer que es causa de terminación de la concesión, además de las establecidas legalmente, por disolución o quiebra de la sociedad concesionaria, sin que exista derecho a indemnización alguna. Esto es, se renuncia a la indemnización por cualquier concepto, y*

Regap



NOTAS

*por tanto, al precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por el contratista, hayan de pasar a propiedad de la Administración, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para su reversión. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2004, recurso de casación 138/1999, transcrita por la sentencia apelada, confirma la posibilidad de renuncia al derecho indemnizatorio por el valor de las obras e instalaciones, y no cabe considerar que la efectividad de esa renuncia implique un resultado confiscatorio o un enriquecimiento injusto para la Administración y a costa del contratista, como alega la apelante, ya que no se ha desvirtuado la conclusión a la que llega la sentencia de primera instancia respecto a la pérdida de buena parte del valor inicial de la concesión; y lo pretendido por la apelante, en definitiva, implicaría desvirtuar el principio de riesgo y ventura, que han de ser asumidos por el contratista en su doble vertiente, sin que se le pueda asegurar a toda costa la rentabilidad de la concesión ni la amortización de las inversiones realizadas, cuando la terminación anticipada del contrato no se produce por causa imputable a la Administración, sino por un riesgo ordinario de cuyas consecuencias debe responder el contratista. Basta la lectura del recurso de apelación para comprobar que esa estimación de la pretensión actora comportaría trasladar todo el riesgo inherente al contrato a la Administración, en contravención del principio rector de la ejecución del contrato administrativo (...).*»

### 3 Expropiación forzosa

#### 3.1 Determinación de la indemnización por los daños y perjuicios generados por la nulidad del expediente expropiatorio

El TS, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2018 (rec. 2356/2017, ponente: Trillo Alonso), consolida el cambio de criterio jurisprudencial conforme al cual en los supuestos de expropiaciones anuladas judicialmente en las que ya no es posible la devolución del bien (ocupado por una obra pública) había que indemnizar al afectado a tanto alzado con un incremento del 25 % del justiprecio. Concluye así el tribunal que:

*«(...) siguiendo también la sentencia de 12 de junio de 2018, consideramos “[...] razonable la interpretación que se defiende por la Administración recurrente de la Disposición Adicional de la Ley de Expropiación Forzosa en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, en el sentido de que, sin perjuicio de la devolución del bien ocupado o la fijación de la correspondiente indemnización sustitutoria al amparo del art. 105.2º de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, para el reconocimiento del derecho del expropiado a ser indemnizado en el caso de nulidad del expediente expropiatorio de los daños y perjuicios derivados de la actividad anulada, es preciso que se justifique la realidad del daño efectivo e indemnizable en la forma y condiciones del art. 139 de la Ley 30/92 (arts. 32 y ss. Ley 40/2015)”, y con estimación de la pretensión del Letrado de la Administración “[...] en cuanto la interpretación efectuada en la sentencia recurrida no se ajusta a la que se acaba de exponer, reconociendo una indemnización de daños y perjuicios por la ocupación ilegal, vía de hecho, cuya realidad y efectividad no se ha justificado por la parte recurrente, sin que pueda exonerarse de dicha exigencia por la presunción de daño moral o afflictivo que la Sala entiende derivado del reconocimiento legal al efecto del 5 % en la fijación del justiprecio pues, además de que dicho porcentaje ya se tiene en cuenta al fijar el valor de los bienes y*

*figura en la liquidación efectuada en la sentencia, si se pretende una indemnización más allá de la prevista en la norma, necesariamente habrá de justificarse esa mayor aflicción o daño moral cuya indemnización se pretende”, casamos y dejamos sin efecto la sentencia recurrida en el extremo en que reconoce un incremento del justiprecio en un 25%».*

## 4 Medio ambiente, urbanismo y vivienda

### 4.1 Anulación de proyecto sectorial de incidencia supramunicipal de acuicultura por omisión de estudio de alternativas en la evaluación de impacto ambiental. Posibilidad de instalar depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar

El TS (secc. 5.<sup>a</sup>), en su Sentencia de 12 de junio de 2018 (rec. 263/2017, ponente: Trillo Alonso), anula el proyecto sectorial de incidencia supramunicipal *Parque de Tecnología Alimentaria de Mougás, Oia, Pontevedra*, aprobado por el Consello de la Xunta de Galicia en el año 2009 para la construcción de una piscifactoría en dicho lugar, al haberse omitido en su tramitación una evaluación de impacto ambiental con un estudio de alternativas riguroso. Considera el alto tribunal que el proyecto tenía que haber sido sometido a todos los trámites de la evaluación de impacto ambiental, pese a que previamente con el plan de ordenación del territorio que le daba cobertura (Plan Gallego de Acuicultura) ya se había tramitado la evaluación ambiental estratégica:

*«(...) En fin, sentando como punto de partida que la debida coordinación y coherencia de los distintos instrumentos ambientales exige que los datos o información facilitados en el precedente no deban ser nuevamente aportados, lo que sostenemos es que en la evaluación ambiental de los proyectos, por sus características singulares, el promotor habrá de facilitar las alternativas y justificar la decisión adoptada en los términos del artículo 2.1.b) del Real Decreto-legislativo 1302/1986, en su redacción dada por Ley 6/2001, salvo que el precedente plan o programa que le dé cobertura contenga, con rigurosidad, las características específicas del proyecto (...).*

*Pues bien, si se observan las específicas determinaciones que el Plan contiene respecto al parque de Mougás (página 159) se comprenderá sin mayor esfuerzo que no contiene, como es lógico, una descripción de las alternativas que refieren los apartados transcritos. El detalle de las alternativas, según la propia normativa del Plan, corresponde al proyecto. El Plan sectorial de parques de tecnología alimentaria comprende un total de 23 parques ubicados a lo largo de la costa gallega, sin especificar, incluidos aquellos que no son de nuevas instalaciones, las singularidades de cada uno.*

*Así, con relación al parque de Mougás, se limita a expresar que el parque está situado en suelo rústico de protección de costas y en suelo no urbanizable sin especial protección; que el plan sectorial propone calificar los terrenos sobre los que se implantará el parque como suelo rústico de protección de costas, conteniendo determinados parámetros urbanísticos, como son la ocupación de la parcela, la altura máxima de las instalaciones, la separación mínima a linderos y el cierre de la parcela, así como que el parque está destinado a la ampliación de las instalaciones existentes y que la superficie es de 57.000 m<sup>2</sup>. Ninguna referencia hay a los*

Regap



NOTAS

*requisitos singulares del apartado A-6-6-j cuya concurrencia exige el Plan. Y esa ausencia de alternativas que observamos en el Plan y que calificamos, dada la naturaleza de la disposición, como lógica, tampoco se observa en el proyecto presentado (...)».*

Por otra parte, el Tribunal Supremo resuelve en esta sentencia la posible contradicción existente entre lo dispuesto en los artículos 25.2 y 44.6 de la Ley 22/1988, de costas, concluyendo que es posible autorizar una instalación depuradora de aguas residuales a menos de 20 metros de la ribera del mar, asociada a una piscifactoría.

## 4.2 Obras ilegales en zona de servidumbre de protección de costas. La Administración dispone de un plazo indefinido para ordenar su demolición

El TS, en su Sentencia de 11 de julio de 2018 (rec. 953/2017, ponente: Fernández Valverde), aclara las dudas surgidas tras la modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de costas, por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, respecto de los plazos de que dispone la Administración para reaccionar frente a las obras ilegales construidas en zona de servidumbre de protección, confirmando el criterio del TSJG en la sentencia recurrida, con las siguientes conclusiones:

*«1º. Que la obligación de imposición de las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, como consecuencia de una condena penal o una sanción administrativa, se mantienen en la LC en la misma situación que antes de la reforma de la LMC, sin que de esta se derive novedad alguna.*

*2º. Que, en consecuencia –y respondiendo a la segunda de las cuestiones que, en concreto se nos formulan–, no resultan de aplicación a las obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, los plazos de prescripción previstos (antes y después de la LMC) para las infracciones (en artículo 92.1 LC), por lo que, se insiste, las mismas no se somete a los plazos de prescripción establecidos para declaración de prescripción de las infracciones y sanciones.*

*3º. Que, impuestas, por el Tribunal penal o por la Administración de Costas, las citadas obligaciones, la LC, tras su reforma por la LMC de 2013, sí establece (artículo 95.1.2º) un plazo máximo de prescripción de quince años para la ejecución y el cumplimiento de tales obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción. Y, decimos máximo porque habrá de estarse, con carácter previo, al plazo que, en cada caso, se establezca en la resolución (penal o administrativa) que imponga las citadas obligaciones, con dicho límite legal. Respondemos, con ello, a la primera de las cuestiones suscitadas).*

*4º. Que, no obstante lo anterior, y como excepción, dicho plazo de prescripción de la obligación impuesta, con el máximo de quince años, la LC deja a salvo, y no es por tanto de aplicación a los mismos, a los supuestos de recuperación de oficio de los bienes y derechos integrantes del dominio público marítimo terrestre –potestad distinta de las obligaciones que nos ocupan, que derivan del ejercicio de la potestad sancionadora– de conformidad con la remisión que el inciso final del nuevo párrafo segundo del artículo 95.1 realiza al artículo 10.2 de la misma LC.*

*Si bien se observa, la LC conecta esta facultad de recuperación de oficio del artículo 10.2 con los bienes integrantes del dominio público marítimo terrestre; concreción territorial que*

*no se produce –a dicho ámbito de protección constitucional– cuando lo que se regulan son las tan citadas obligaciones de restitución y reposición de las cosas a su estado anterior a la infracción, pues, no se olvide, que el ámbito “territorial” de las infracciones es más amplio que el del dominio público marítimo terrestre, como se deduce de la simple lectura de algunas de las infracciones que se tipifican en los artículos 90 y 91 de la LC que, territorialmente, no se concretan –sólo– al dominio público marítimo terrestre, sino que también se extienden –algunas de ellas– a las zonas de servidumbre colindantes con el dominio público.*

*Esta, pues, es la doctrina que, con carácter general, resulta procedente establecer».*

#### 4.3 Parcelación y uso residencial ilegal en suelo rústico protegido, disconforme con la licencia de hotel concedida. La negativa del propietario a ajustarse a la licencia conlleva la demolición de las edificaciones

La Sentencia del TSJG de 26 de noviembre de 2018 (rec. 4388/2017, ponente: Martínez Quintanar) confirma la orden de demolición dictada por la Axencia de Protección da Legalidade Urbanística de la Xunta de Galicia (APLU) sobre 52 chalés construidos en suelo rústico protegido en el término municipal de O Grove, con una parcelación ilegal y vulnerando la licencia para uso de hotel que se había previamente concedido. Afirma el tribunal que:

*«(...) el vigente artículo 27.1 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, establece que la transmisión de fincas no modifica la situación del titular respecto de los deberes del propietario conforme a esta ley y los establecidos por la legislación de la ordenación territorial y urbanística aplicable o exigibles por los actos de ejecución de la misma. El nuevo titular queda subrogado en los derechos y deberes del anterior propietario (...). Como consecuencia de esa subrogación real, y del carácter propter rem que tienen los deberes asociados a la reposición de la legalidad urbanística, que conciernen a quienes en cada momento sean los titulares de los inmuebles sobre los que se proyecta esa obligación de reposición, no puede decirse que los actores fueran unos terceros ajenos a esa obligación, ya que se subrogan en la posición jurídica de la mercantil transmitente de la titularidad sobre los inmuebles litigiosos. Y por tanto, no se puede decir que, aunque sean personas distintas a dicha mercantil, no les alcancen las mismas obligaciones, ya que se trata de personas a las que, por disposición legal, les son exigibles los mismos deberes de reposición de la legalidad urbanística que los exigidos a la mercantil INPROIN S.L., tanto en la resolución de 30 de abril de 2007 como en la posterior de 2 de marzo de 2010.*

*(...) una vez transcurridos de forma sobrada los plazos otorgados para restaurar la legalidad, conculcada con una parcelación ilegal, con unas obras autorizadas pero a las que se les ha dado un uso residencial no autorizado y no autorizabile, hay que tener en cuenta la inefectividad de las multas coercitivas impuestas y que en este caso el cambio de uso y la disolución de la división horizontal y la eliminación de la existencia registral de las fincas como unidades independientes no puede ser realizada por la vía de la ejecución subsidiaria por la Administración, sino por los propietarios, tratándose, por tanto, del cumplimiento de una obligación personalísima, que estos han incumplido. (...)*

*Por ello, el estado actual del complejo inmobiliario conculca la legalidad urbanística, y la orden de demolición se erige en la única medida posible a disposición de la Administración*

Regap



NOTAS

*para eliminar la parcelación urbanística ilegal producida (...) siendo la única alternativa a la pervivencia de esa situación la de su demolición.*

*(...) En cuanto a la denunciada falta de coherencia de la confirmación de la orden de demolición con el hecho de entender que lo que procede es la restitución jurídica, no física, debemos decir que no hay tal falta de coherencia, y que la confirmación de la orden de demolición responde a la constatación de que la restitución jurídica, entendida en el plano registral y en el ámbito del uso, no se ha materializado, y la misma no se puede realizar por la Administración (...), lo cual determina que las edificaciones comporten una vulneración de la legalidad urbanística que, al no ser subsanada por quienes podían hacerlo, aboca a la demolición, tanto por aplicación del artículo 209.5 como por aplicación del artículo 211 de la LOUGA 9/2002.*

*En definitiva, no es aceptable la argumentación de la parte apelante de que carece de sentido que se ordene la demolición de unas edificaciones que cuentan con licencia y se ajustan a ella por una cuestión de uso, y que lo procedente es que se ordene el ajuste al uso autorizado. Y no es aceptable por dos razones: la primera, porque esa orden de ajuste ya se ha producido hace años, y no se acredita de forma plena y efectiva el cumplimiento; la segunda, porque lo autorizado era la construcción de un apartotel, y actualmente lo que consta es la existencia de 52 apartamentos adosados, articulados alrededor de una zona central donde se sitúan piscinas, edificio de servicios, viales interiores, muros de contención y grandes movimientos de tierra, inscritos como fincas independientes en el Registro de la Propiedad, y sometidos a un régimen de división horizontal, lo cual es un estado fáctico y jurídico que no se corresponde con lo autorizado. Es este estado fáctico y jurídico el que justifica la orden de demolición, por haber transcurrido más de nueve años sin que se hayan realizado voluntariamente las actuaciones precisas para que la obra ejecutada se ajuste a lo autorizado, en cuanto a usos y eliminación de la parcelación ilegal y distribución del edificio de servicios, inacción ante la cual la Administración no puede permanecer pasiva esperando indefinidamente a que la restitución ordenada en el año 2007 se cumpla por sus destinatarios, debiendo proceder a acordar la única medida no personalísima, susceptible de ejecución subsidiaria, que permite eliminar la vulneración urbanística, sin perjuicio de volver a recordar a los propietarios la forma de enervar la ejecutividad de esa forma de reposición de la legalidad, “adaptando coas actuaciones pertinentes a utilización do complexo ao uso autorizado”».*

#### 4.4 Viviendas de protección autonómica de precio concertado. Infracción muy grave por cobro de sobrepuestos en la venta a terceros. Principios del procedimiento administrativo sancionador

El TS, en su Sentencia de 8 de junio de 2018 (rec. 1506/2016, ponente: Bandrés Sánchez-Cruzat), confirma en fase de casación la sanción de varios millones de euros que la Xunta de Galicia le impuso a una constructora de Pontevedra por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 54.1 m) de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia, al vender fraudulentamente, con sobrepuesto, viviendas de protección autonómica, con las siguientes conclusiones:

*«(...) esta Sala considera que el artículo 7.2 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que establece que “recibida la comunicación, y si se estima*

*que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”, debe interpretarse en consonancia con la doctrina jurisprudencial de este Tribunal Supremo, en el sentido de que el criterio que debe seguirse para determinar en que momento se debe reanudar el cómputo del plazo de caducidad cuando se ha acordado la suspensión del procedimiento, debido a la existencia de actuaciones penales por los instructores, contra el presunto responsable de haber cometido una infracción administrativa, es, de conformidad con el principio de seguridad jurídica, cuando se notifique a la Administración la firmeza de la resolución judicial penal de que se trate y se reciba el testimonio de la misma.*

*(...) compartimos el criterio del Tribunal de instancia de que esta manifestación de la fundamentación jurídica no tiene carácter invalidante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en cuanto la adopción del acuerdo de ampliación del plazo máximo para resolver estaba justificado por la «especial complejidad tanto cuantitativa como cualitativa del asunto», que evidencia que concurre el presupuesto habilitante establecido en el artículo 42.6 del citado texto legal (la circunstancia de que el procedimiento, debido al número de personas afectadas, no puede concluir en el plazo legalmente previsto para resolver). (...).*

*De acuerdo con la referida regla de prioridad del procedimiento penal, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ha de esperar al resultado de la sentencia penal y, si es condenatoria con la concurrencia de la triple identidad subjetiva, objetiva y de fundamento sancionador, la Administración resulta vinculada al pronunciamiento deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio non bis in idem. Por el contrario, en el supuesto de que la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se trata, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. Pero no cabe duda de que la relación que el principio supone entre las dos manifestaciones del ius puniendi estatal determina un condicionamiento por la vía de los hechos que se declaran probados en la sentencia penal. O, dicho en otros términos, la sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa mediante la vinculación a que se refiere el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (...)*

*El hecho determinante de la concurrencia del tipo infractor, según prevé el artículo 54.1 m) de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, es la percepción de precio por encima del que figura en la cédula de calificación definitiva, que no puede ser modificado “ni por excusa de mejoras”, “ni aunque figure en un documento privado” puesto que –según se razona– “el Reglamento VPO prohíbe cualquier sobreprecio”. (...)*

*Esta Sala considera acertado el criterio del Tribunal de instancia que aprecia que es procedente la adopción de la medida complementaria de reintegro porque, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.2 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, deben ser reintegradas todas las cantidades indebidamente percibidas, sin que la existencia de*

Regap



NOTAS

*mejoras pueda ser excusa para exonerar de responsabilidad a la empresa constructora por la imposición de sobreprecios. (...).*

*Esta Sala rechaza que el Tribunal de instancia haya vulnerado el principio de presunción de inocencia, que constituye un derecho fundamental de todo sujeto sometido a un procedimiento sancionador, garantizado por el artículo 24.2 de la Constitución, por haber avalado una presunta inversión de la carga de la prueba, puesto que la sentencia impugnada parte de la constatación de que se ha acreditado la existencia de sobreprecio en la venta de las viviendas por parte de la constructora ----- en contravención de lo dispuesto en el artículo 34.2 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de Vivienda de Galicia, lo que no se ha desvirtuado con las pruebas de descargo practicadas en sede judicial».*

## 5 Personal

### 5.1 Cese de funcionarios interinos. Carecen del derecho a percibir la indemnización de 20 días de salario por año trabajado establecida en el Estatuto de los trabajadores para los despidos por causas objetivas

El TSJG, en su Sentencia de 24 de octubre de 2018 (rec. 175/2018, ponente: Rivera Frade), concluye en primer lugar que en los supuestos en los que la Administración no ha incurrido en fraude o en práctica irregular en el nombramiento de un funcionario interino, este a su cese carece del derecho de reclamar la indemnización establecida para la extinción de contratos indefinidos por causas objetivas en el artículo 53.1.b) del Estatuto de los trabajadores (20 días por año de servicio con límite de 12 mensualidades). Este criterio coincide con el de las dos sentencias posteriores del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 21 de noviembre de 2018 referidas específicamente a España (asuntos C-619/17 y C-245/17).

El tribunal gallego establece también, en segundo lugar, que conforme a la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (S.<sup>ª</sup> 3.<sup>ª</sup>), representada en dos sentencias de 26 de septiembre de 2018 (recs. 785/2017 y 1305/2017), aun en la hipótesis de que se hubiese demostrado la concurrencia de fraude en el vínculo interino, el interesado tampoco podría reclamar esa indemnización a tanto alzado (20 días de salario por año trabajado), pues ha de acreditar el perjuicio padecido concreto y su cuantificación atendiendo a las circunstancias concretas del caso, de manera análoga a como sucede con las reclamaciones de indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración.

### 5.2 Personal funcionario del cuerpo de extinción de incendios. Retribuciones. Pluses de nocturnidad y festividad. No son complemento de productividad. Deben integrarse en el complemento específico

El TSJG, en su Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2018 (secc. 1.<sup>ª</sup>, rec. 193/2018, ponente: López González), alcanza la conclusión de que los complementos de productividad atribuidos por el Ayuntamiento de Ourense al personal del Servicio de Extinción de Incendios (bomberos), que presta turnos de 24 horas de trabajo continuado con tres días de descanso a continuación, se refieren a conceptos permanentes y característicos del puesto de trabajo, de manera que en realidad deberían formar parte del "complemento específico" de sus

retribuciones, percibiéndose por igual durante el período de vacaciones y de disfrute de días de asuntos propios. Afirma así el tribunal que:

«(...) Es evidente que, al formar parte las horas de actividad realizadas de noche y en días festivos del trabajo normal, ordinario y habitual del recurrente, no pueden considerarse las mismas como comprendidas en el complemento de productividad que tiene por objeto, conforme dispone el artículo 23.3.c) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña el trabajo. Se trata, en suma, de una retribución objetiva a cuya percepción tiene derecho el trabajador por el mero hecho de desarrollar un determinado puesto de trabajo, por lo que su régimen jurídico debe ser el mismo que el de las retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su devengo. Tampoco el abono de tales pluses responde al concepto de gratificación o al de complemento de desempeño, por no tener los servicios retribuidos la condición de extraordinarios ni llevarse a cabo fuera de la jornada reglamentaria; se trata de servicios que forman parte de la jornada normal y habitual del demandante. Cierto es, como sostiene el Ayuntamiento demandado, que en el período de vacaciones el actor no realiza trabajos de noche ni en días festivos, por lo que carece de derecho a percibir pluses por esos conceptos, pero no lo es menos que tal valoración sería aceptable si dichos pluses formasen parte del complemento de productividad lo que no sucede en el presente caso, por más que dicho Ayuntamiento así trate de aparentarlo al incluirlos en el complemento aludido (artículo 25 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de sus empleados públicos), pues con ello se estaría alterando, en perjuicio de los trabajadores públicos municipales, la naturaleza y finalidad que la propia Ley 30/1984 otorga al complemento de productividad en su artículo 23.3.c)».

Regap



NOTAS

### 5.3 Obligación de proveer los puestos de trabajo por concurso. Excepcionalidad del sistema de libre designación

La Sentencia del TSJG de 3 de octubre de 2018 (rec. 277/2017, ponente: Seoane Pesqueira) anula una modificación de la relación de puestos de trabajo de la Consellería de Sanidad de la Xunta de Galicia por atribuirle el sistema de “libre designación” en lugar del de “concurso” a la provisión de cuatro jefaturas de servicio, con la siguiente argumentación:

«(...) El artículo 90.1 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del empleo público de Galicia, establece que “El concurso ordinario es el procedimiento general de provisión de los puestos de trabajo que no tengan establecida otra forma de provisión en la relación de puestos de trabajo”, teniendo relevancia para el caso presente que el segundo párrafo del artículo 91.1 dispone que “Las jefaturas de servicio o puestos de nivel equivalente se proveerán por este sistema, salvo aquellos que, por sus especiales características, deban proveerse por el sistema de libre designación, con convocatoria pública”.

(...) declara el Tribunal Supremo, ya bajo la vigencia del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, que la elección del procedimiento de libre designación para la provisión de determinados puestos de trabajo incluidos en la RPT del personal funcionario de la Administración autonómica y de sus organismos y entes públicos dependientes, exige una motivación específica, una justificación concreta de las razones por las que, a partir de los cometidos propios del puesto de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación; justificación

*que es necesaria desde el momento en que el Estatuto Básico del Empleado Público no altera la consideración que merecen el concurso y la libre designación como mecanismos de provisión de puestos de trabajo. El concurso, dice el artículo 79.1 de ese texto legal, es la regla, el modo normal de proveerlos, mientras que la libre designación es la excepción. Como toda excepción a la regla ha de ser interpretada estrictamente y la Administración, cuando quiera servirse de ella por entender que el puesto de trabajo es de especial responsabilidad o de confianza, deberá justificarlo de forma específica. (...)*

*En el caso presente la única justificación que se ofrece para la elección del sistema de libre designación para las cuatro jefaturas de servicio mencionadas es la especial responsabilidad para garantizar la protección de los datos personales.*

*La decisión de la presente controversia exige dilucidar si el argumento esgrimido por la Administración, de cara a justificar la opción por el procedimiento de libre designación para la provisión de las jefaturas de unidad operativa, respeta el tenor del artículo 92 de la Ley 2/2015 y de la jurisprudencia antes mencionada, al contener una motivación razonable en base a las funciones que han sido encomendadas a dichos puestos. En ese sentido ya hemos visto que en la jurisprudencia se exige que la justificación concreta de las razones justificativas que se ofrezcan ha de partir de los cometidos propios del puesto o puestos de trabajo de que se trate.*

*En el caso presente no se analizan las concretas funciones de los diferentes jefes de servicio, ni se acude al examen de los cometidos que le corresponden a cada uno de ellos. Se enuncia el criterio genérico de excepcionalidad (especial responsabilidad), pero no se realiza un análisis de las funciones de los puestos ni se justifican las razones por las que, a partir de los cometidos propios de los puestos de trabajo, concurren los requisitos legalmente establecidos para que se provea por este procedimiento de libre designación, lo cual conlleva que está ausente una justificación concreta de la elección del sistema de libre designación. Resulta evidente que la mera mención a la garantía de la protección de los datos personales resulta insuficiente, en primer lugar porque, según el artículo 74.ñ de la Ley 2/2015 es deber de todos los empleados públicos guardar secreto sobre las materias clasificadas y las demás de difusión prohibida legalmente, y mantener la debida discreción sobre aquellos asuntos que conozcan por razón de su cargo, lo que implica no hacer uso de la información obtenida para beneficio propio o de terceros, o en perjuicio del interés público, y en segundo lugar porque no se ponen en relación los cometidos propios de cada uno de los puestos para argumentar la especial responsabilidad que en ellos representa la garantía de la protección de los datos personales a la que se alude.*

*A lo anterior ha de añadirse que tampoco ha servido de orientación para la elección del sistema de libre designación la resolución de 25 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, en cuyo preámbulo se hace referencia expresa a las jefaturas de servicio, y se siguen las líneas marcadas por la jurisprudencia. Se dice en dicho preámbulo: "Teniendo en cuenta que hasta este momento la forma de provisión de los puestos de trabajo de "jefatura de servicio" era la libre designación, procede, en aplicación de la citada Ley 2/2015, adaptar las relaciones de puestos de trabajo a la nueva forma de provisión, es decir, modificar los puestos de libre designación a concurso específico.*

*Por lo tanto, el sistema de libre designación debe estar debidamente justificado para los puestos no tipificados específicamente en las relaciones de puestos de trabajo, sin que haya*

*ninguna razón para que, con carácter general, se les adjudique esta condición a todos los puestos de trabajo que superen determinado nivel de complemento de destino. Con esta medida se conseguirá una función pública más profesionalizada y seleccionada de forma más objetiva, sin perjuicio de su capacitación y preparación para el desempeño del puesto.*

*La elección del sistema de libre designación comporta la necesidad de que la Administración aporte los elementos objetivos que permitan apreciar la pertinencia de su utilización. Son las funciones de los puestos las que deben revelar las características especiales que motiven la “Especial responsabilidad o la cualificación profesional” y determinen, por lo tanto, su configuración como de libre designación. Pero es preciso acreditarlo justificadamente, de tal modo que el ejercicio de una potestad discrecional por parte de la Administración utilice elementos reglados que garanticen la ausencia de arbitrariedad”.*

*En el caso presente ni se aportan los elementos objetivos que permitan apreciar la pertinencia del empleo de aquella forma excepcional de provisión, ni se analizan las funciones de los puestos que revelen las características que motiven la especial responsabilidad, de modo que no existe justificación suficiente de la elección por la que se ha optado.*

*La disposición cuarta de dicha resolución de 25/2/2016 establece: “Se entenderá que concurren criterios de excepcionalidad en aquellos puestos de trabajo, de nivel 28 o inferior, con funciones que impliquen el cumplimiento de alguna de las siguientes atribuciones: ... 5.1. Responsabilidad directa sobre los sistemas de protección de datos personales de niveles medio y alto según la clasificación establecida en los apartados 2 y 3 del artículo 81 del Reglamento de desarrollo de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, aprobado por el Real decreto 1720/2007, de 21 de diciembre”.*

*La especial responsabilidad que se menciona por la Xunta de Galicia parece aludir a la mencionada, pero sería necesario el examen de las funciones propias de cada una de las cuatro jefaturas de servicio para justificar su concurrencia en el caso concreto, lo cual no se hace ni en el informe complementario de los folios 56 a 58 del expediente ni en la propia relación de puestos de trabajo, y ni siquiera en el acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia de 15 de septiembre de 2016 (DOG de 28 de septiembre), al que se refiere el citado informe complementario.*

*En definitiva, ha de prosperar el recurso en lo relativo a la cobertura de las cuatro jefaturas de servicio impugnadas, para cuya provisión ha de acudir al sistema general del concurso específico para las jefaturas de servicio a que se refiere el artículo 91.1 de la Ley 2/2015».*

#### 5.4 Nombramiento de jefe de servicio por el sistema de libre designación.

Deber de abstención del órgano de selección por su estrecho vínculo con el candidato seleccionado. Falta de motivación. Desviación de poder

El TSJG, en su Sentencia de fecha 29 de junio de 2018 (secc. 1.ª, rec. 129/2016, ponente: Seoane Pesqueira), anula el nombramiento, por el sistema de libre designación, de la jefatura del servicio de administración y personal de la Valedora do Pobo, tras apreciar la concurrencia de desviación de poder, considerando que:

Regap



NOTAS

«(...) La ausencia de real motivación de la elección, en los términos que el artículo 80 RDL 5/2015 y la jurisprudencia exigen, el hecho de que sólo se emitiese informe de valoración respecto a la aspirante que resultó adjudicataria, la intervención de la Valedora posterior a la abstención, la selección de los méritos relevantes en función del CV y los presentados por la candidata elegida, y el nulo contraste entre los méritos de los candidatos, son datos reveladores de arbitrariedad en la decisión y desviación de poder en la actuación administrativa, que han de obligar a la anulación de la resolución impugnada por el cauce del artículo 63 de la Ley 30/1992, siendo evidente la indefensión que se genera al demandante por el desconocimiento de las razones por las que se ha considerado que la señora ----- posee mayores méritos que el actor y los demás candidatos, con quienes no se lleva a cabo una mínima comparación, aunque la infracción de los principios de igualdad, mérito y capacidad también permiten incardinar la nulidad en la causa recogida en el artículo 62.1.a de la misma norma».

## 6 Proceso contencioso-administrativo

### 6.1 Determinación de la cuantía en procesos promovidos frente a multas coercitivas para la ejecución de órdenes de demolición

El TSJG (secc. 2.ª), en su Auto de 25 de septiembre de 2018 (recurso de queja 4192/2018, ponente: Martínez Quintanar), establece que, en un litigio promovido frente a una multa coercitiva de 350 euros dictada por un ayuntamiento para la ejecución forzosa de la orden de demolición de una vivienda unifamiliar, la cuantía del pleito (a efectos de determinar si cabe o no recurso de apelación contra la sentencia de instancia) ha de considerarse superior a 30.000 euros (en función del valor de la vivienda), con este razonamiento:

«(...) Aunque como regla general cuando se recurre en vía contencioso-administrativa la imposición de una multa coercitiva es el importe de la multa impuesta el que determina la cuantía del procedimiento (en este caso, 350,51 euros), sin que se deba atender al valor económico de pretensiones ejercitadas frente a actos previos (como la resolución del procedimiento administrativo de reposición de la legalidad), en este caso particular hay que tener en cuenta que el acto recurrido en vía contencioso-administrativa daba respuesta a una serie de pretensiones del ejecutado, en relación con la caducidad de la acción para el restablecimiento de la legalidad urbanística, la caducidad del procedimiento de ejecución forzosa y la improcedencia de la ejecución, así como la suspensión de esta última, que determinan que el valor económico de la pretensión deba considerarse como de cuantía indeterminada, en congruencia con la tramitación que se le dio al procedimiento contencioso-administrativo como procedimiento ordinario, sin que sea presumible que esa cuantía indeterminada sea inferior a 30.000 euros, sino todo lo contrario.

Es cierto que la elección del procedimiento (ordinario o abreviado) no impide reconsiderar en la sentencia la valoración definitiva de la cuantía del recurso contencioso-administrativo a los efectos de determinar el carácter apelable de esa sentencia; pero en este caso tanto en el acto recurrido como en la demanda se suscitan como cuestiones controvertidas una serie de aspectos que conciernen no solo a la procedencia de la imposición de la multa coercitiva recurrida, sino que van más allá al cuestionar la procedencia misma de la ejecución forzosa

*en su globalidad, lo que nos obliga a atender, siguiendo el criterio más reciente de esta Sala, como valor económico de la pretensión, al valor de las obras de construcción sobre las que se proyecta la orden de demolición que se trata de ejecutar forzosamente. Y este valor debe considerarse superior a 30.000 euros, en la medida en que se trata de la ejecución de una reposición de la legalidad por la construcción de una vivienda unifamiliar sin licencia.*

*Ello es así en este caso, toda vez que el núcleo de la controversia resuelta por el acto recurrido y planteada en la demanda gira alrededor de la restitución de las cosas al estado anterior a la obra, esto es, sobre la procedencia de la ejecución forzosa de la demolición de las obras de construcción de vivienda unifamiliar; por ello la cuantía del recurso debe venir determinada por el valor de la construcción que debe ser demolida, en este caso una vivienda unifamiliar.*

*La demandante fijaba en su demanda la valoración de las obras en 43.080,55 euros, por ser esta la valoración de las obras que figuraba en el expediente; y afirma que la parte demandada consideró en su escrito de contestación a la demanda como indeterminada la cuantía.*

*Lo expuesto ha de ser interpretado a favor del derecho a la tutela judicial efectiva, y la ausencia de concreción del importe concreto y determinado, unido al contenido del acto recurrido en la primera instancia, puesto en relación con las pretensiones de la demanda, lleva a considerar que contra la sentencia recaída en las actuaciones sí que cabe recurso de apelación».*

Regap



NOTAS

## 7 Responsabilidad patrimonial

### 7.1 Plazo de prescripción de la reclamación indemnizatoria formulada por la anulación judicial de licencia que conlleva la demolición de la edificación autorizada

El TS, en su Sentencia de 10 de julio de 2018 (rec. 1548/2017, ponente: Fernández Valverde), concluye que el plazo anual de prescripción, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la anulación judicial de licencias urbanísticas con consecuencias demolicionarias, ha de computarse no desde la fecha del derribo de la edificación, sino desde la muy anterior en la que adquirió firmeza la sentencia anulatoria:

*«(...) confirmamos la interpretación realizada por la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia considerando como interpretación más acertada de los artículos 139.2, y 142.4 y 5 de la LRJPA –en los supuestos en los que la ejecución de la sentencia implica la demolición de lo construido– la que señala que, como regla general, debe ser la fecha de la firmeza de la sentencia anulatoria del acto o disposición impugnados la que determina el inicio del plazo anual previsto para la reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de tal anulación, sin que pueda ser considerada como tal la fecha de la demolición del inmueble construido al amparo del acto o disposición impugnado».*

## 7.2 Responsabilidad de los servicios autonómicos de emergencias por la “pérdida de oportunidad” derivada de la demora en la localización de un motorista accidentado con teléfono móvil operativo

La Sentencia del TSJG de 12 de diciembre de 2018 (rec. 312/2018, ponente: Seoane Pesqueira) confirma la condena a la Xunta de Galicia al pago de una indemnización a los familiares de un joven que falleció como consecuencia de un accidente de circulación. Se salió de la carretera en un lugar boscoso y deshabitado, quedando tendido consciente en el suelo, con un teléfono móvil operativo desde el que pidió socorro. Tardaron varias horas en localizarle, cuando acababa ya de fallecer desangrado. El tribunal confirma la responsabilidad de la Administración demandada por no haber actuado con diligencia en la localización de la víctima aprovechando la señal de su teléfono móvil:

*«(...) lo esencial es determinar si dicho operativo se desarrolló dentro de los estándares de seguridad exigibles al 112, empleando los medios que la Administración tenía a su disposición para la localización del accidentado, que no se habían de reducir al sistema automático “POSIC112”, porque en el caso presente la prueba pericial del ingeniero de telecomunicaciones don ----- ha puesto de manifiesto que: 1º en el teléfono móvil de la víctima estaban disponibles los sistemas GSM, UMTS y GPS, 2º en el punto del accidente dicho perito judicial ha comprobado que la operadora Vodafone, a la que correspondía el móvil del accidentado, tenía no menos de seis estaciones base GSM y UMTS, siendo así que en la fecha del percance incluso podía haber más, porque con la introducción posterior del sistema LTE ha podido haber una sustitución de bases UMTS por LTE, 3º tanto mediante la localización por parte del operador como por el uso del GPS del móvil la posición de la víctima podía haber sido estimada con precisión suficiente como para haberlo localizado rápidamente, 4º por el uso de la localización GSM/UMTS el error de posicionamiento nunca debería ser superior a 200 metros y por el GPS nunca superior a 50 metros, restringiéndose notablemente el área a buscar debido a que se trató de un accidente de tráfico, de modo que sólo se podía encontrar el accidentado a pocos metros de una carretera (lo que se confirmaba con la información proporcionada a través de su teléfono móvil por el señor -----), 5º dado que el accidentado era usuario del servicio de WhatsApp, también era posible enviar la posición GPS de manera que la localización fuese inmediata, sin más que ayudarle al usuario (que todavía estaba consciente cuando estaba en comunicación con el 112) con unas instrucciones sencillas, 6º dado que el teléfono móvil que portaba el accidentado era un Samsung con sistema Android, tenía preinstalada la aplicación Google Maps, lo que permitía compartir la posición de forma inmediata y precisa, asimismo dándole al accidentado unas sencillas instrucciones cuando todavía estaba consciente, y lo mismo cabe decir de la aplicación Hangouts y 7º utilizando el protocolo POSIC112 podría haberse solicitado del operador la posición del teléfono móvil de la víctima, para lo cual ni siquiera se necesitaba que el teléfono móvil tuviera instalada ninguna aplicación ni se precisaba la colaboración del usuario. (...) aunque se incluyera como riesgo ordinario, al afectar a más de un municipio (inicialmente no se sabía el lugar exacto en que había tenido lugar el percance) el CAE 112 Galicia tenía como cometido la atención de la llamada realizada por el ciudadano ante la situación de emergencia (sin duda afectaba a la seguridad del accidentado), darles el tratamiento correspondiente y la movilización de los recursos, por lo que no basta con que se haya puesto en marcha el dispositivo de emergencia en seis minutos, pues en el operativo está incluida la búsqueda del siniestrado, y de hecho el CAE 112 se implicó desde el primer momento en la misma, tratando de coordinar todos*

*los recursos disponibles, por lo que es perfectamente factible que se analice y enjuicie la actuación de aquel servicio autonómico, coincidiendo la Sala en la valoración de que no se ha revelado la presencia de un estándar mínimo de calidad en el dispositivo de búsqueda, achacable al CAE 112, porque, tal como se ha puesto de manifiesto en la prueba pericial judicial, no se puso en marcha un mecanismo de comunicación directa con la operadora del móvil y no se ha revelado una mínima formación en quienes atienden las llamadas del 112 a fin de poder indicar a la víctima los sencillos pasos precisos para conectar el Google Maps de su móvil o para enviar su posición por WhatsApp.*

*(...) Nadie duda de que el dispositivo de emergencia (urgencias médicas, Guardia Civil de Tráfico, GRUMIR de Ribadavia y Beade, y agrupación de voluntarios de protección civil de Castrelo de Miño) se haya puesto en marcha en un tiempo adecuado, pero con ello no basta, pues en su actuación no se cumplió con el estándar mínimo de calidad que debía exigir para localizar al herido, ya que tenía a su alcance el CAE 112 Galicia medios suficientes para una búsqueda más eficiente, pudiendo haber comunicado directamente con Vodafone para una correcta localización, y formar adecuadamente a los operarios a su servicio (...).*

*Por lo demás, no se aprecia el error que el apelante le atribuye a la sentencia apelada, porque de las tres primeras funciones que le atribuye el artículo 18 de la Ley 5/2007 a la Axencia Galega de Emerxencias se deduce que le corresponde la coordinación de los medios de localización, y de hecho, operarios del CAE 112 intervinieron directamente en la búsqueda, poniéndose en comunicación telefónica con el accidentado al menos en tres ocasiones, sin que le llegasen a indicar las instrucciones precisas para activar el Google Maps o enviar su posición por WhatsApp. El hecho de que el último párrafo del artículo 37.2 de la Ley 5/2007, para el caso de gestión de riesgos ordinarios (ya hemos visto que es dudoso que el presente pueda incluirse en dicho precepto) establezca que “El Centro de Atención a las Emergencias 112 Galicia no comprenderá la prestación material de la asistencia requerida” no impide que intervenga y coordine el dispositivo de localización y búsqueda, como de hecho ha sucedido, porque la prestación material mencionada más parece referirse a la asistencia en el salvamento, rescate, médica, etc., una vez localizado. Resulta revelador de que el CAE 112 tenía entre sus cometidos el de la localización del accidentado la implantación del protocolo “POSIC112v2”, cuya finalidad es localizar el lugar de origen de las llamadas entrantes, con los datos telemáticos de la propia llamada. Pese a ello, la Xunta de Galicia tardó más de una hora en indicarle al accidentado que colgase el teléfono y llamase él directamente al 112 (pues hasta entonces se llamaba desde el 061 o 112 al accidentado, y no al revés), pese a lo cual no aparecieron los datos para su localización, y tampoco se puso en práctica, al no existir o no constar, un plan de actuación alternativo (como se reconoció testificalmente por su jefe) que permitiese aquella localización, mediante los sencillos mecanismos ya descritos. (...)*

*El apelante alega que no se le puede exigir a la Administración autonómica la aplicación de un plan específico, porque alega que no era un caso de emergencia colectiva. Sin embargo, sí cabe imponer al CAE 112 y a la Xunta de Galicia el cumplimiento de un estándar mínimo en las labores del operativo en orden a la búsqueda y localización del accidentado con un plan alternativo de actuación, sobre todo en casos, como el presente, en que se revela como insuficiente la mera gestión de llamadas con otros integrantes del dispositivo, máxime cuando la ejecución de aquellas acciones que se echan en falta (comunicación con la operadora, instrucciones al accidentado para la activación del Google Maps y actuación del WhatsApp para trasladar su localización) estaban al alcance de los miembros del 112».*

REGAP



NOTAS

## 8 Tributos

### 8.1 Impuesto sobre el incremento de valor de bienes de naturaleza urbana (plusvalía). Devolución de ingresos indebidos tras la declaración de inconstitucionalidad parcial de su regulación. El reclamante debe acreditar que no se produjo un incremento del valor del bien

Así lo establece el TS en su Sentencia de 21 de noviembre de 2018, referida a Galicia (rec. 4983/2017, ponente: Toledano Cantero), con estos argumentos:

*«(...) es evidente que, tras la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL contenida en la STC 59/2017, el principio de igualdad tributaria no “obliga en todo caso –reproducimos en este punto el interrogante planteado en la cuestión casacional objetiva fijada en el auto de admisión– a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica”. Y es que, si así fuera, se estaría atribuyendo la misma consecuencia jurídica –esto es, la inaplicación del impuesto– a supuestos disímiles –en unos casos se habrían sometido a tributación en el IIVTNU manifestaciones de riqueza existentes (plusvalías reales) y en otros no (minusvalías efectivas)– y, por ende, se estaría aplicando el corolario que dimana del mandato constitucional de igualdad en casos en los que este principio, simplemente, no resulta aplicable. Como ha reiterado incesantemente el Tribunal Constitucional, ni la igualdad que reclama el artículo 14 CE, ni la que impone el artículo 31.1 CE se aplican a supuestos de falta de identidad de los términos de comparación. Y resulta obvio que en el caso que nos ocupa los términos de comparación serían disímiles” (...).*

*En consecuencia, conforme a los fundamentos expuestos en la reciente sentencia de 9 de julio de 2018, cit., y según ordena el artículo 93.1 LJCA, procede fijar la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en este litigio:*

*1º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial. En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE.*

*2º) El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, “no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene”, o, dicho de otro modo, porque “imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)”. Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados*

*tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL.*

*(...) La lógica consecuencia de lo hasta aquí expuesto no puede ser otra que la estimación del recurso de casación núm. 4983/2017, promovido por el Ayuntamiento de La Coruña (...). Es en la resolución de las cuestiones suscitadas en este recurso de casación donde esta sentencia debe diferir –por pura coherencia, fundada en la inversión de las posiciones procesales, fruto a su vez del sentido de los respectivos fallos– de la respuesta contenida en la sentencia a la que continuamente nos venimos refiriendo, pues, como arriba indicamos, la aquí impugnada anula la liquidación del IIVTNU, por considerar que, el impuesto no podía ser exigido por haber perdido vigencia total el precepto legal habilitante del gravamen. En otras palabras, la sentencia aquí impugnada es el exponente claro de la que hemos venido a considerar la mal llamada tesis maximalista, pues aun descartando el uso de la expresión, la recogemos al menos para facilitar la comprensión de su sentido y alcance.*

*Ello nos conduce a las declaraciones siguientes, que vamos a fundamentar en lo declarado con valor de doctrina, y ampliamente transcrito, en nuestra sentencia de 9 de julio de 2018, pronunciada en el recurso de casación 6226/2017:*

*La sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (...) debe ser casada y anulada, en tanto contiene un criterio contrario al que hemos establecido, ya que considera erróneamente que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, sobre determinación de la base imponible del impuesto municipal que nos ocupa, han sido expulsados de modo absoluto e incondicional del ordenamiento jurídico, lo que hemos rechazado formalmente, al afirmar que tales artículos “[...]a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial”.*

*En cuanto a la resolución sobre las pretensiones de la parte actora, debemos desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto, ya que la demandante no ha negado la existencia de incremento de valor de los terrenos objeto de transmisión mortis causa, limitándose a cuestionar desde un punto de vista puramente especulativo la inviabilidad, a su juicio, de acreditar una situación de inexistencia de plusvalía bajo la aplicación del sistema previsto en el art. 107 TRLHL, pero sin aportar el menor indicio de que tal circunstancia pudiera acontecer, ni intentar prueba alguna al respecto. Antes bien, de los datos obrantes en el expediente y prueba documental aportada, y atendida la duración del periodo transcurrido entre transmisiones, que en este caso es el máximo legal de 20 años previsto en el art. 107.1 TRLHL, no cabe albergar dudas sobre la existencia de una situación de incremento del valor de los terrenos que, en consecuencia, determina el nacimiento del hecho imponible gravado. Procede, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso-administrativo».*

Regap



NOTAS

## 9 Universidades

### 9.1 Distribución equitativa y proporcionada de la carga docente entre el profesorado

El TSJG, en su Sentencia de 18 de julio de 2018 (rec. 136/2018, ponente: López González), desestima el recurso promovido por una profesora de la Universidad de Vigo frente al incremento de horas de clase que se le impuso en la última modificación del plan de ordenación docente de su departamento, con la siguiente argumentación:

*«(...) Sostenía la parte demandante que el Plan de Ordenación Docente impugnado, apartándose de la inicial propuesta del Área de Botánica del Campus de Ourense, y ante la jubilación de varios de sus compañeros, acordó incrementar su tiempo de docencia presencial de 182 a 280 horas y de tres a cinco asignaturas. Consideraba ese incremento arbitrario, excesivo, desigual e inasumible pues no resultaba comprensible que, en lugar de repartir esa carga de trabajo entre el profesorado, se le atribuyese a ella con carácter exclusivo, lo que no solo menoscababa su salud por la situación de estrés que le producía, sino que le impedía, también, el desarrollo de su labor de investigación por falta del tiempo preciso para tal fin.*

*(...) La sentencia apelada incurre en un doble error al considerar, por un lado, que se ha producido un incremento de la carga docente de la actora que califica de arbitrario, desproporcionado y desigual, cuando en realidad la Universidad de Vigo, a través del Plan de Ordenación Docente aprobado, no ha hecho otra cosa que completar la capacidad docente de la demandante para ajustarla a la establecida para el resto de profesores y a las necesidades docentes de dicha Universidad; y, por otro, en cuanto dicha sentencia aprecia ausencia de motivación que justifique aquella decisión, cuando del contenido de las actuaciones y, especialmente, de la propia resolución impugnada se deduce todo lo contrario.*

*(...) El artículo 68 de la Ley Orgánica de Universidades, en lo que afecta al Régimen de Dedicación, establece (...) La Universidad de Vigo cuenta, además, con normativa propia y específica en orden al reconocimiento de actividades docentes del Personal Docente e Investigador, que fue aprobada por el Consejo de Gobierno en fecha 12 de febrero de 2016.*

*(...) discriminatorio sería acoger la pretensión actora en detrimento de sus compañeros. Justificar como hace la demandante una minoración de su capacidad docente, respecto de estos, en razones de edad, próxima a la jubilación, o en su estado físico de salud derivado del estrés que la hace ser tributaria de diversas bajas laborales o, por último, en lo que ella considera mejora del sistema docente universitario, como vía para lograr la excelencia, no resulta de recibo. Si su edad o su condición psicofísica no le permiten desarrollar su actividad al nivel de sus compañeros en el profesorado, tales circunstancias podrán justificar su anticipada jubilación o sus bajas temporales por enfermedad o incluso, si procediese, su declaración de incapacidad, pero nunca el trato privilegiado que pretende obtener; y la alusión a la excelencia universitaria por el cauce de la mejora del sistema docente universitario, es un fin loable pero que escapa de su ámbito de competencia».*

# Regap

Recensiones

3



## Los retos actuales del derecho administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor

56  
Regap

JAIME ANTONIO PINTOS PÉREZ

Avogado e investigador predoutoral  
jaimepintosperez@gmail.com

Recibido: 08/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



RECESIÓN

MÍGUEZ MACHO, L., y ALMEIDA CERREDA, M. (coords.): *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico. Estudios en homenaje al Profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor*, Andavira, Santiago de Compostela, 2018, 1537 pp. ISBN 975-84-948634-5-5.

*"Hay que empeñarse sin cesar en recalcar la satisfacción de que en España ocurran experiencias como las que denota la trayectoria académica del profesor Carro". Pocas frases, como esta del profesor Martín-Retortillo Baquer, condensan mejor la idea sintética que esta obra laudatoria, *Los retos actuales del Derecho Administrativo en el Estado autonómico*, trata de glosar. Este empeño no es otro que el de elogiar y agradecer, a través de este *Liber amicorum*, la dedicación de toda una vida del profesor Carro Fernández-Valmayor, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Santiago de Compostela.*

Gracias a las semblanzas llevadas a cabo por juristas de primer orden, como los profesores Otero Parga, Martín-Retortillo Baquer, Tomás-Ramón Fernández, Gómez-Ferrer Morant, Muñoz Machado, Martín Rebollo o Guido Corso, podemos aproximarnos a la personalidad y profesionalidad del profesor Carro Fernández-Valmayor. A través de estas semblanzas podemos entrever claramente la figura de uno de los aventajados discípulos directos del profesor García de Enterría, que, junto con gran parte de los encargados de realizarlas, forman el legado de la escuela del eminentísimo maestro del derecho administrativo.

Para comenzar la recensión de esta obra, hemos de felicitar a sus coeditores, la Fundación Democracia y Gobierno Local y Andavira Editora, así como a los colaboradores que han hecho posible que salga a la luz; al Parlamento de Galicia, a la Valedora do Pobo, a la Escola Galega de Administración Pública y al Observatorio Internacional da Regulación das Entidades do Sector Público (OIRESP). También es necesario reconocer el arduo trabajo de coordinación a los profesores Míguez Macho y Almeida Cerredá, así como a sus más allegados compañeros António Cândido Macedo de Oliveira, Elena Brea Bermejo y Carla Casanueva Muruais, sin cuya participación y dedicación esta obra no hubiese visto la luz.

En lo tocante al tema elegido para la obra, no podría estar más de actualidad. En una situación de grave crisis institucional y política como la existente, nada es más necesario que tener un conocimiento del derecho *in profundis*, y en especial del derecho administrativo, que es, sin lugar a duda, la base del funcionamiento tanto de la Administración general del Estado como de los demás entes locales y del sector público.

Esta labor de estudio tiene la obligación, tanto académica como social, de colmar las lagunas de conocimiento jurídico que la sociedad tanto revela, abstrayendo en todo caso el debate de los foros en los que hay más *potestas* que *auctoritas* y bajando la cuestión a la arena del foro netamente técnico-jurídico. Aquí entra de lleno la auténtica utilidad de esta obra, que trata temas de candente actualidad, tanto jurídica como social, puesto que el binomio de sociedad y derecho siempre suelen ser ambas caras de una misma moneda.

La obra se estructura en dos volúmenes, diferenciándose a su vez dos grandes bloques, uno de parte general y otro de parte especial. La parte general trata fundamentalmente cinco áreas del derecho administrativo, que son: las bases histórico-dogmáticas del derecho administrativo, la organización administrativa, el régimen jurídico del sector público y el procedimiento administrativo, la contratación del sector público y la tutela jurisdiccional del administrado. En la parte especial se incardinan temas de tanta relevancia e interés como: la acción administrativa y sus medios, la Administración prestacional, la intervención administrativa en la economía, o el derecho urbanístico y bienes públicos.

No cabría, en esta breve reflexión, reflejar la totalidad de los excelentes capítulos que la integran; por ello, pondremos de relieve algunos de los temas generales de sumo interés que trata. En esta obra encontraremos temas tan acreedores de debate como la influencia del constitucionalismo en el derecho administrativo, la modernización de la Administración –cuestión esta muy demandada por los distintos operadores jurídicos– o aspectos de índole municipal y de autonomía local, así como de organización institucional.

También se recogen brillantísimos capítulos, sin duda a la altura de sus autores, en los que se tratan temas esencialmente técnicos, de aplicación a la práctica diaria, como son los referidos a la nueva Ley de procedimiento administrativo de 2015, el procedimiento de revisión de oficio o la aplicación y transposición de directivas de la Unión Europea, entre otros.

Por otro lado, en la parte especial, se recogen asuntos de tanto calado como los problemas de los derechos digitales –de tanto provecho en la sociedad de las TIC– o la potestad sancionadora y disciplinaria de las administraciones públicas. En lo tocante a la intervención e impacto de la actividad administrativa en la esfera económica, sobresalen temas como la intervención en el modelo turístico –de gran importancia en la economía española–, la gestión de los derechos audiovisuales o cuestiones tan novedosas como los fenómenos de

las viviendas particulares dedicadas al uso turístico y su tratamiento por los poderes públicos. Igualmente salen a colación contenidos relacionados con las costas, los usos del suelo agrario, los bienes comunes o la ordenación del territorio dentro del apartado que versa sobre el derecho urbanístico y los bienes públicos.

Asimismo, al final del segundo volumen de la obra, se hace una sincrética referencia al vasto *curriculum vitae* del profesor José Luis Carro Fernández-Valmayor, en el que se puede consultar su trayectoria tanto docente como investigadora. Por último, y como broche de oro a la obra, se reporta una *tabula gratulatoria* en la que destacadísimos nombres del derecho, tanto españoles como extranjeros, felicitan al homenajeado por su trayectoria, y desean para él una venturosa jubilación alejada de los rigores de la vida funcionarial universitaria, que, aún lejos de los focos del *riguroso directo*, continuará siendo sin duda muy fructífera.

Por todo lo dicho, se recomienda la atenta lectura y análisis de los dos volúmenes que conforman la obra objeto de recensión a todas y a todos los juristas interesados en ahondar en el conocimiento del derecho administrativo, pues sin duda obtendrán un gran beneficio de ella.

Regap



RECENSIONES



## El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ

Profesora de Dereito Procesual  
Universidade de Santiago de Compostela  
ana.rodriguez.alvarez@usc.es

Recibido: 12/11/2018 | Aceptado: 20/12/2018

Regap



RECESIÓN

CANCIO FERNÁNDEZ, R. C., y CAZORLA PRIETO, L. M. (dirs.): *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2018, 360 pp.

Una de las principales novedades de la Ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del poder judicial, fue, sin duda, la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo. A través de la disposición final tercera de esta norma, se modificaron los artículos 86 y siguientes de la LJCA, estableciéndose un nuevo modelo que orbita en torno a un elemento clave: el interés casacional objetivo.

Transcurrido un tiempo prudencial desde la entrada en vigor de la ley, llegó el momento de preguntarnos, partiendo de una perspectiva práctica, si el nuevo modelo de casación cumplió –o no– con su cometido, cuáles son los defectos detectados y qué mejoras cabría desarrollar. Precisamente, a dar respuesta a estas interrogantes se dirige esta obra: *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones*

*procesales en la nueva casación contenciosa*, dirigida por Raúl César Cancio Fernández y Luis María Cazorla Prieto.

Tras un prólogo que corre a cargo del magistrado del Tribunal Supremo Diego Córdoba Castroverde, esta obra colectiva se divide en nueve capítulos. En cada uno de ellos, se aborda una cuestión concreta del tema que nos ocupa.

En el primero, «Respuestas a los problemas procesales derivados de la entrada en vigor del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo o cuando el recurso de queja dejó de ser arte menor», Raúl César Cancio Fernández centra su estudio en los recursos de queja que se formulan cuando la casación se tuvo por no preparada en la instancia.

Como nos explica el autor, el actual sistema supuso el «resurgimiento» del auto, cuyo contenido dispositivo –dadas las cuestiones suscitadas en ellos– es ahora de extraordinaria relevancia. Tanto es así que llega a calificarlos de «verdaderas guías de uso del nuevo recurso».

Lejos de limitarse a estas afirmaciones, Cancio Fernández realiza un completo recorrido sobre los recursos de queja resueltos por el Tribunal Supremo, analizando cuestiones como el rol de los órganos *a quo* en la verificación de los requisitos del escrito de preparación del recurso; la acreditación de la recurribilidad de la resolución impugnada; la pauta de los elementos configuradores del interés casacional objetivo; los problemas derivados de la ausencia de previsiones de derecho transitorio; la extemporaneidad como causa para no tener por preparado el recurso; o las exigencias formales de los escritos. Tampoco olvida las dudas surgidas alrededor del recurso de casación autonómico, las cuales derivan de su insuficiente regulación legal.

El segundo capítulo –«El Derecho tributario, sin el muro cuantitativo, conquista la última instancia en casación»–, de Mercedes Ruiz Garijo, aborda, como ya adelanta su propio título, los asuntos de derecho tributario que llegaron a la casación. A este respecto, no está de más recordar que el anterior límite mínimo de la cuantía del recurso –fijado en 600.000 €, vedaba *de facto* el acceso a la casación de materias como los tributos locales o los impuestos con períodos de autoliquidación trimestral. Suprimida esta limitación tras la reforma, el número de admisiones en materia tributaria se elevó, y se prevé que en el futuro lo haga aún más.

Siendo consciente de las fallas del sistema, Ruiz Garijo destaca como aspecto positivo la unificación de los criterios jurisprudenciales que la nueva casación traerá consigo, lo cual implicará, al final, una mayor protección de los derechos de los contribuyentes.

El aspecto más destacado del capítulo lo constituye el apartado referido a las principales pautas interpretativas del interés casacional objetivo en materia tributaria, las cuales constan en las resoluciones de la Sección de Admisión. El análisis que en él se contiene resultará de gran interés para los estudiosos del proceso contencioso-administrativo.

Por su parte, el capítulo tercero –«Sección 3. Organismos reguladores, agencias estatales y los “big four”»–, a cargo de Marta Timón Herrero, se ocupa de las resoluciones de la Sección de Admisión sobre asuntos cuyo conocimiento se atribuye a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en virtud del reparto establecido en el Acuerdo de 10 de octubre de 2017 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre

composición y funcionamiento de las salas y secciones y asignación de ponencias que deben turnar los magistrados en 2018.

Dicha distribución atribuye competencia a la Sección Tercera en sectores tan importantes como la energía, el gas, el mercado de valores, las telecomunicaciones y el audiovisual; y en materias de gran proyección mediática como la prestación de servicios de transporte a través de plataformas digitales o el derecho al olvido en Internet.

Dentro de este marco competencial –y como señala la propia autora–, su estudio se detiene en los casos que revisten una especial relevancia «bien por interpretar los presupuestos de recurribilidad o delimitar el alcance de los supuestos de interés casacional objetivo, bien por formular cuestiones de fondo de indudable interés».

Del mismo modo que el capítulo tercero se centraba en la labor de la Sección Tercera, el cuarto hace lo propio con los asuntos competencia de la sección del mismo ordinal. Bajo el título «De defensa a personal, pasando por los órganos constitucionales: una Sección omni-comprendiva», Susana de la Sierra, tras señalar el heterogéneo ámbito competencial de esta sección, expone los principales criterios interpretativos en sus correspondientes materias.

La autora nos indica que buena parte de los asuntos que llegaron a esta sección tienen que ver con cuestiones relativas al personal al servicio de las administraciones públicas, un asunto que, con el anterior régimen, difícilmente accedía a la casación. Véanse, por ejemplo, los relativos al régimen jurídico del personal temporal, al nacimiento y extinción de la relación de servicio o a los complementos retributivos.

Otra materia atribuida a esta sección es la de contratación pública, de máximo interés si tenemos en cuenta la reciente entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, lo que exigirá la intervención del alto tribunal para resolver las dudas interpretativas que esta generó –y las que generará–.

No son, sin embargo, los únicos sectores a los que De la Sierra se refiere en su aportación. También encontraremos bloques temáticos como derechos fundamentales, Administración local, Seguridad Social o aplicación de normas de derecho internacional público en España, entre otros.

Siguiendo el esquema de los capítulos precedentes, el capítulo quinto se dedica a la sección homónima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. En «El Derecho administrativo más genuino y la Sección con la tasa más alta de registro», José Antonio Domínguez Luis explica de manera pormenorizada y sistemática los casos sobre los que la Sección de Admisión se pronunció y cuyo conocimiento corresponde a la mencionada Sección Quinta: urbanismo y ordenación del territorio; medio ambiente; expropiaciones; responsabilidad patrimonial; autorizaciones y licencias relativas al desarrollo de actividades comerciales e industriales; dominio público marítimo-terrestre; aguas, montes, minas y vías pecuarias; así como asuntos referidos al Ministerio de Justicia y al Ministerio de Interior.

El autor lo hace partiendo de una peculiaridad de esta sección, apuntada ya al inicio de su trabajo: sobre las materias competencia de la Sección Quinta ya existe, por lo general, una abundante jurisprudencia, «teniendo en cuenta la veteranía de las normas que disciplinan

Regap



RECESIONES

esta clase de asuntos». En consecuencia, no siempre resultará sencillo apreciar la existencia del interés casacional objetivo.

En el sexto capítulo «Recurso de casación y “vicios *in procedendo*”», Pilar Cancer Minchot pone de manifiesto los atrancos que la exigencia de interés casacional objetivo genera de cara a remediar las infracciones procesales cometidas en procesos cuyas resoluciones son, en principio, recurribles.

Tal como afirma la autora, a pesar de que la LJCA no excluye el alegato de los vicios *in procedendo*, los imperativos del nuevo modelo dificultan la admisión de un recurso de casación basado en el alegato de la infracción de actos y garantías procesales o de normas reguladoras de la sentencia. Es decir, aunque no se debe descartar que el alegato de un vicio *in procedendo* pueda tener interés casacional, hay que reconocer que las posibilidades de éxito son escasas.

Asimismo, Cancer Minchot se detiene con perspectiva crítica en el supuesto de incongruencia omisiva, así como en el vínculo entre la casación y el incidente de nulidad de actuaciones. Por ejemplo, con respecto a este último, considera que la solución apuntada por el Tribunal Supremo –la cual exige la preparación previa del recurso de casación y su posterior inadmisión para poder enmendar la infracción a través del incidente de nulidad de actuaciones– resulta excesivamente gravosa.

En el capítulo 7, titulado «Un no tan nuevo actor casacional: los Juzgados de lo contencioso-administrativo», Ángel Ardura Pérez centra su trabajo en el acceso a la casación de las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo. A este respecto, hay que recordar que el nuevo sistema de casación incrementó el número de resoluciones de estos órganos jurisdiccionales que, al menos potencialmente, pueden acceder al recurso extraordinario.

Ardura Pérez expone los modos de acceso a la casación –directo e indirecto–, así como el papel que los juzgados cumplen en la fase de preparación del recurso y en la fase de ejecución de las resoluciones dictadas en casación. Y, como viene siendo habitual en los diversos capítulos que componen esta obra, lo hace con una mirada crítica, apuntando no solo cuál es la actual regulación o las resoluciones del Tribunal Supremo al respecto, sino también cuáles son los criterios pendientes de pronunciamiento.

El penúltimo de los capítulos –el octavo– lleva por título «El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo». Juan Pedro Quintana Carretero realiza en él una completa exposición acerca del recurso de casación autonómica.

El discurso se articula en torno a su deficiente regulación en la LJCA. Para que nos hagamos una idea, son tales las lagunas existentes –y de tal alcance– que tribunales superiores de justicia como el de Madrid o el de la Comunidad Valenciana se tuvieron que pronunciar corroborando la propia existencia del recurso.

Los problemas, desde luego, no se agotan aquí. A esto hay que sumar dudas de tanta trascendencia como las de qué resoluciones son susceptibles de ser recurridas por esta vía o cuál es el procedimiento que se debe seguir para su tramitación; y tampoco se dejan a un lado cuestiones como, por ejemplo, la presentación simultánea de un recurso de casación ante el Tribunal Supremo y de un recurso de casación autonómica contra la misma resolución, o la

dificultad de constituir una sección especial de casación autonómica, todas ellas abordadas en este capítulo.

El noveno y último capítulo –«La visión del abogado tras un año de aplicación del nuevo recurso contencioso-administrativo»–, de Ignacio M. Martín Fernández, parte de la perspectiva de los letrados con el objetivo de plasmar algunas reflexiones suscitadas a raíz de la implementación de la reforma.

En opinión del autor, la nueva casación exigirá a los abogados un plus de especialización, ya que la identificación y acreditación de la existencia de interés casacional objetivo «puede llegar a constituir toda una nueva área de especialización profesional, pues solo el profundo conocimiento de los nuevos criterios [...] va a permitir formular con éxito la admisión».

Tras destacar el esfuerzo de actualización y modernización por parte de la Sala Tercera, Martín Fernández ofrece datos y estadísticas referidos al período comprendido entre julio de 2016 y diciembre de 2017. En ellos se explicitan cuáles son los porcentajes de admisión y de inadmisión, la procedencia de los recursos, la distribución por materias, etc.

Tras ello, su aportación analiza ciertos aspectos procesales de gran trascendencia para la elaboración de los escritos de preparación, ofreciendo así una útil guía forense sobre la comparecencia en los recursos ya admitidos a trámite o el alegato respecto de la incongruencia omisiva de la resolución impugnada, entre otros.

De todo lo apuntado hasta el momento, se desprende el enorme interés y actualidad de esta obra colectiva. Un trabajo útil y muy recomendable tanto para los teóricos como para los prácticos del proceso contencioso-administrativo. En resumidas cuentas, *El interés casacional objetivo en su interpretación auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa* nos ofrece un completo y riguroso mapa que nos permitirá explorar, conocer y comprender un territorio aún por descubrir: el de la nueva casación contencioso-administrativa.

REGAP



RECESIONS