QDL43
Febrero de 2017 · Cuadernos de Derecho Local

Número monográfico

La remunicipalización de los servicios públicos locales



15 ANIVERSARIO
Fundación Democracia y Gobierno Local



QDL43

Febrero de 2017 · Cuadernos de Derecho Local

Número monográfico

La remunicipalización de los servicios públicos locales

15 ANIVERSARIO
Fundación Democracia y Gobierno Local

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* está presente en las siguientes bases de datos:

LATINDEX (http://www.latindex.org/latindex/ficha?folio=21551)

DICE (http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1696-0955)

DIALNET (https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=3400)

BASE DE DATOS ISOC

Edición
© Fundación Democracia y Gobierno Local
Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona
Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción
Dagaz Gráfica, S.L.U.

Corrección y revisión de textos
María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002
ISSN: 1696-0955

Foto de cubierta: iStockphoto LP

La revista *Cuadernos de Derecho Local (QDL)* fue fundada en 2002, y desde entonces viene publicándose, ininterrumpidamente, cada cuatrimestre.

Consejo Científico

Manuel Aragón Reyes, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, *Tribunal Supremo*
Javier Barnés Vázquez, *U. de Huelva*
Miguel Beltrán de Felipe, *U. de Castilla-La Mancha*
Eduardo Calvo Rojas, *Tribunal Supremo*
Teresa Carballeira Rivera, *U. de Santiago de Compostela*
José Luis Carro Fernández-Valmayor, *U. de Santiago de Compostela*
Carmen Chinchilla Marín, *U. de Alcalá*
Diego Córdoba Castroverde, *Tribunal Supremo*
Javier Delgado Barrio, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Alfonso Fernández-Miranda Campoamor, *U. Complutense*
Rafael Fernández Montalvo, *Tribunal Supremo*
Tomàs Font i Llovet, *U. de Barcelona*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *U. Rovira i Virgili*
Pablo García Manzano, *exmagistrado del Tribunal Constitucional*
Rafael Gómez-Ferrer Morant, *U. Complutense*
Jesús Leguina Villa, *U. de Alcalá* (†)
Joan Mauri Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

Presidente: Ramon Camp i Batalla, *Fundación Democracia y Gobierno Local*
Director: Luciano Parejo Alfonso, *Universidad Carlos III*
Secretario: Antonio Descalzo González, *Universidad Carlos III*
Vocales: Juan Miguel Massigoge Benegiu, *exmagistrado TSJ Madrid*
Segundo Menéndez Pérez, *Tribunal Supremo*
Francisco Cacharro Gosende, *Diputación de Ourense*
José Miguel Carbonero Gallardo, *Diputación de Granada*
Jesús Colás Tenas, *Diputación de Zaragoza*
Josep Ramon Fuentes i Gasó, *Diputación de Barcelona*
Domènec Sibina Tomàs, *U. de Barcelona*

Coordinadora

Petra Mahíllo García, *Diputación de Barcelona*

QDL 43

La remunicipalización de los servicios públicos locales

I. Estudios sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales

12 La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales
JOAQUÍN TORNOS MAS

31 La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo
JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

79 Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal
JOAN MAURI MAJÓS

124 "Remunicipalización" de servicios locales y competencia
ANNA COLOMÉ I NIN / SUSANNA GRAU I ARNAU

II. Otros estudios

160 Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: algunas experiencias
RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

200 El acceso de los electos locales a la información municipal en Cataluña
CARMEN ALONSO HIGUERA

230 La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales
JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

Sumario

El delito de cohecho, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo 259
ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

III. Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias 284
ANTONI BAYONA ROCAMORA

IV. Crónica de jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 9 de junio a 31 de diciembre de 2016) 306
ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ

I.
Estudios sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales

La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales

Joaquín Tornos Mas
Catedrático de Derecho Administrativo,
Universidad de Barcelona

1. **El debate general sobre la remunicipalización de servicios; en particular, el caso del agua**
2. **Algunas necesarias precisiones conceptuales**
3. **La decisión sobre el modo de gestión de los servicios públicos**
4. **A modo de breve conclusión**

Resumen

La existencia de servicios públicos, y la determinación de los modos de su prestación, ha evolucionado en el tiempo. En los últimos años, tras un período favorable a la gestión indirecta de los servicios, se defiende la recuperación de la gestión directa, lo que se denomina como "remunicipalización". El presente trabajo trata de precisar los conceptos con los que se describe este proceso, con el fin de poder valorar más correctamente las ventajas e inconvenientes de dicha reinternalización de la gestión de los servicios públicos. Finalmente se defiende la necesidad de huir de planteamientos ideológicos y maximalistas a favor de una u otra forma de gestión, y por el contrario tener en cuenta una pluralidad de factores y el análisis del caso concreto para optar por una u otra forma de gestión.

Artículo recibido el 01/02/2017; aceptado el 06/02/2017.

Palabras clave: *municipalización; privatización; rescate; reinternalización; remunicipalización; servicio público*.

The so-called remunicipalization of local public services. Some conceptual clarifications

Abstract

Public services and their modes of exercise have evolved over time. In the last years, after a period in favor of the indirect management, it is growing the idea of recovering direct management of public services, the so-called "remunicipalization". This article pursues to clarify the concepts employed in this process with the aim of improving the assessment of the advantages and disadvantages of the new trend. Finally, the article argues in favour of avoiding ideological and maximalist stances on each form of management. To the contrary, the article takes into account many factors and a case analysis perspective for choosing between direct and indirect management.

Keywords: municipalization; privatization; economic and financial rescue; reinternalization; remunicipalization; public service.

1
El debate general sobre la remunicipalización de servicios; en particular, el caso del agua

La creación de servicios públicos, así como la determinación de sus formas de gestión, ha evolucionado con el tiempo, en particular por la influencia del derecho comunitario y los cambios tecnológicos. Muchos de los grandes servicios públicos de ámbito estatal han sufrido procesos de liberalización, creándose para estas prestaciones mercados libres, abiertos a todos los operadores, públicos y privados. La regulación pública pasa a utilizarse para garantizar la concurrencia o, en su caso, para garantizar algunos fines de interés general y proteger a usuarios débiles, ya que el mercado no garantiza plenamente todos los fines de interés general y deja al descubierto a algunos usuarios. Se imponen así obligaciones de servicio público. Servicios como telefonía, telecomunicaciones, servicio postal, transporte ferroviario y otros responden a este proceso. Estos servicios se han despublificado, se han devuelto al mercado, y el poder público actúa como regulador. Al mer-

cado se accede libremente, en su caso con la necesidad de una autorización reglada, y excepcionalmente con una autorización contingentada. Al final del siglo pasado se impone un proceso creciente de liberalización. "Rota la creencia en el carácter irreformable de los monopolios naturales, se ha hecho presente la apertura al sector privado de las grandes inversiones en negocios antes monopolizados y en el desarrollo de las infraestructuras necesarias para establecerlos"[1]. Los servicios públicos económicos se ven fuertemente atacados por el mercado, aunque subsisten los servicios de carácter social, los que requieren ejercicio de autoridad y algunos de los servicios públicos locales tradicionales.

En el mundo local, no obstante, las cosas han sido algo diversas. Los servicios públicos locales han sufrido un limitado proceso de liberalización, ya que como hemos expuesto son servicios que responden a monopolios naturales, o bien son servicios esenciales para la vida colectiva que el mercado no puede garantizar en condiciones propias de servicio público. Además, los servicios locales no están tan directamente afectados por el impacto liberalizador comunitario, ya que en ocasiones la prestación de estos servicios no afecta al mercado europeo (*vid.* sentencia del TJUE RI.SAN. Srl contra Comune di Ischia y otros, C-108/98).

Ciertamente algunos servicios locales se han liberalizado, pero han sido los menos. Así, los servicios funerarios (Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio) o el suministro de gas (Ley 38/1998, de 7 de octubre).

En el mundo local la atención se ha centrado más en los modos de gestión que en los procesos de liberalización. En relación con este tema la tendencia de los últimos años ha sido favorecer los procesos de gestión indirecta, mediante la concesión de servicio público, figura muy estudiada[2], o la creación de sociedades de economía mixta. El derecho comunitario, pero de forma particular la crisis económica, han llevado a potenciar fórmulas contractuales de colaboración público-privada con el fin de reducir el endeudamiento y poder mantener la calidad de los servicios y los procesos de inversión.

Pues bien, después de muchos años en los que se fue imponiendo la gestión indirecta de los servicios públicos a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada, recientemente se va imponiendo la idea de que la gestión de los servicios públicos locales debe volver a manos pú-

1. Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado, I. Los fundamentos*, Civitas, Madrid, 1988, pág. 19.
2. Por todos, Blanquer Criado, D., *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

blicas. En definitiva, esto es lo que significa la nueva palabra de moda, **remunicipalización**. Con este concepto se trata de dar nombre a la recuperación de la gestión de muchos servicios locales, que se vienen prestando a través de fórmulas de gestión indirecta, a favor de la gestión directa. Por ello, en puridad es más preciso referirse a esta práctica con el nombre de la "reinternalización" de los servicios públicos locales, ya que la modificación del modo de gestión para acabar con la gestión indirecta e imponer un modo de gestión directa no supone en ningún caso una nueva municipalización. Estamos ante servicios públicos publificados y municipalizados, y al "remunicipalizar" se actúa sobre su modo de gestión, no sobre su naturaleza[3].

La defensa de este nuevo planteamiento, frente a la externalización de la gestión de los servicios que hasta hace muy pocos años se defendía como la mejor opción, se sustenta en una ideología que trata de defender lo público frente a lo privado, argumentándose con este fin que el discurso acerca de la mayor eficiencia de la gestión privada es un mito que debe denunciarse. Un nuevo "socialismo municipal" trata de ganar la batalla al régimen concurrencial en lo relativo a la concurrencia por el mercado.

En todo caso lo cierto es que en la actualidad este debate está presente no solo en nuestro país, sino también en el conjunto de los países de nuestro entorno cultural. Los estudiosos sobre formas de prestación de servicios en el mundo local han venido estudiando esta problemática e identifican, de hecho, tres momentos en la historia sobre las formas de gestión de los servicios públicos. Me refiero a trabajos como los de los profesores Wollmann, Kopric y Marcou[4], que acaban de publicar un interesante libro sobre esta cuestión. En nuestro país, existe un estudio un poco ya más lejano del profesor Germà Bel[5]. Y también pueden citarse estudios más recientes, como el de los profesores Magre y Pano[6], publicado en el antes citado libro co-

3. En el caso español podemos dejar constancia de recientes experiencias "remunicipalizadoras" llevadas a cabo en Cataluña. Así, el Ayuntamiento de Cabrils ha remunicipalizado el servicio de parques y jardines y el de limpieza viaria. Poco antes, el de Vidreres había remunicipalizado el servicio de recogida de basuras, y Arenys de Munt remunicipalizó el servicio de suministro del agua en el año 2011. Otros municipios catalanes y del resto de España también han llevado a cabo procesos de esta naturaleza, en algunos casos mediante rescate de la concesión vigente, y en otros esperando a la finalización de la concesión para decidir pasar a gestión directa.

4. Wollmann, Kopric y Marcou, *Public and social services in Europe*, Palgrave-Macmillan, Londres, 2016.

5. Bel, G., *Economía política de la privatización local*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

6. Magre y Pano, *Delivery of municipal services in Spain: an uncertain picture*, en Wollmann, Kopric y Marcou, *Public and social services in Europe*, ob. cit.

lectivo de Wollmann, Kopric y Marcou, o estudios como los de Ramió[7]. Todos ellos se refieren a este proceso evolutivo.

Como he señalado, estos estudios identifican tres momentos fundamentales. Los servicios públicos locales, en el siglo XIX y hasta 1980 del siglo XX, se tienden a prestar, fundamentalmente, a través de formas de gestión pública. En 1980 cambia un poco la tendencia, se imponen las teorías del *new management*, y se lleva a cabo una privatización de los servicios. Privatización, digamos ya desde este momento, entendida en el sentido formal; en el sentido de que lo que se privatiza es la gestión. ¿Cuáles son las razones que en estos momentos, 1980 y en adelante, se esgrimen para privatizar, insisto, en el sentido formal, en el sentido de ir hacia formas de gestión privada de los servicios públicos? Las razones para defender las formas de gestión privada son varias:

- Una utilización más flexible del personal, introducción de incentivos, mayor asignación de responsabilidades.
- Menos restricciones procedimentales en su actuación y más preocupación por los resultados.
- Mayor posibilidad de adaptación a los cambios y formas de producción.
- Ventajas de escala (se pueden distribuir costes fijos entre diferentes unidades geográficas).
- Mayor facilidad y posibilidad de acceder a la financiación.
- Necesaria reconducción de los entes públicos en el papel de garantes de las prestaciones, y limitación de su actuación como prestadores de servicios.

En todo caso, estas ventajas requerían una verdadera competencia por el mercado, es decir, unos sistemas de concurrencia efectiva para el acceso a la prestación del servicio por cuenta de la Administración titular. A falta de competencia en el mercado, ya que estamos ante servicios públicos, se debe garantizar la competencia para el mercado. Y en este punto entra en juego la normativa sobre contratos del sector público.

En los últimos años se ha comenzado a replantear esta teoría y se reivindica la recuperación de la gestión directa de los servicios públicos, con el argumento básico de que hay que recuperar lo público para las manos públicas. Los argumentos en defensa de la recuperación de la gestión pública

7. Ramió, C., "Los referentes internacionales en los processos de externalización de servicios", *RVAP*, n.º 77, 2007, y "Provisión de servicios públicos en el contexto de la administración local de España", *Gestión y política pública*, vol. XXI, n.º 2, 2012, págs. 375-405.

se fundamentan en afirmar que la gestión privada no ha acreditado las expectativas sobre una mejor calidad en la prestación del servicio y en la reducción de precios, mientras que los entes públicos han ido adquiriendo las habilidades propias de los gestores privados; el gestor público cree que junto a la eficacia económica deben introducirse objetivos sociales y ecológicos en la prestación de servicios públicos, que el sector privado no tiene, y seguramente también ha incidido en este cambio de planteamiento sobre los modos de gestión una cultura política de lo público vinculada a ciertos cambios políticos en los Gobiernos de los entes municipales. Un claro ejemplo de esta tendencia cultural hacia la reivindicación de lo público lo podríamos encontrar en el referéndum italiano del año 2011, cuando se plantea a la población si quiere pasar de la gestión privada a la gestión pública y se ponen límites a la creación de entidades privadas para la prestación de los servicios[8].

8. En Italia el debate sobre los modos de gestión de los servicios públicos se ha vivido de forma muy intensa, en particular tras el Decreto Legislativo de 25 de junio de 2008, n.º 112, modificado por el Decreto Legislativo 135/2009, Decreto Ronchi, y su desarrollo reglamentario. Estas normas trataban de fomentar la gestión indirecta y reducir el recurso a fórmulas *in house*. Frente a esta normativa, se organizó un referéndum para abrogarla, con el argumento de la naturaleza singular del agua como bien público o bien común, y la necesidad de asegurar su consumo por parte de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad y asequibilidad. El referéndum supuso la derogación del Decreto Ronchi, si bien limitada la derogación de la gestión indirecta de los servicios públicos al caso precisamente del agua. La sentencia de la *Corte Costituzionale* 199/2012 ha obligado a respetar el valor abrogativo del referéndum. *Vid.* Bassanini, F., "I servizi pubblici locali tra riforma e referendum", prólogo a De Vincenti, C. y Vigneri, A., *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2011; Costantino, F., "La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio", *AIC*, n.º 37, 2011; Giannelli, N., "Beni comuni e servizi pubblici: utilità sociale e gestione democratica", *Istituzioni del Federalismo*, 2/2013; Staiano, S., "Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione", *federalismi.it.*, 5/2011; y Urbano, G., "La gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e la concorrenza: una storia infinita", *ApertaContrada*, 26 septiembre 2012. En el caso italiano los autores también han destacado la confusión que supone vincular el modo de gestión privado con la pérdida del carácter público del agua, y la ideología que ha dominado este debate a partir de una falsa identificación de la gestión privada con la privatización del agua. Así, Bassanini, F., *op. cit.*, afirma que "la liberalización se refiere tan solo a los servicios de toma del agua y distribución; el problema del agua no es obviamente el de la propiedad, sino el de la toma y distribución. Beber de la fuente puede parecer muy excitante simbólicamente, pero no resuelve el problema de la función diaria de un bien esencial como el agua". Staiano, S., *op. cit.*, por su parte, dice que "en primer lugar se debe superar la convicción, tan difundida como carente de fundamento, según la cual la gestión de los recursos hídricos por parte de empresas privadas equivale a una privatización del agua como bien y como recurso. El agua permanece en todo caso como un bien público, así calificable por la ley, y esto no se ve afectado por el modo de gestión, cualquiera que sea el gestor, público o privado". Muy crítico se manifiesta también Urbano, G., *op. cit.*, con el planteamiento ideológico y las consecuencias del referéndum y de la Sentencia de la *Corte Costituzionale* 199/2012. Para este autor se ha condenado a los entes locales a hacer

A modo de ejemplo de esta nueva filosofía favorable a la recuperación de la gestión de los servicios a favor de la gestión directa pueden citarse, por ejemplo, el informe de la Universidad de Greenwich de 2012, o los estudios relativos a la gestión del agua en diversos municipios y países, como el estudio de Pigeon, McDonald, Hoedeman y Kishimoto[9], y de modo particular la lectura que se ha hecho del Informe del Tribunal de Cuentas español de 2011 sobre las condiciones de prestación de los servicios públicos municipales en municipios de población inferior a 20 000 habitantes. También, aunque no se trate de servicios de responsabilidad local, puede citarse el debate abierto sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios[10].

En el Informe PSIRU de la Universidad de Greenwich: "Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización", de 16 de mayo de 2012, se parte de la afirmación de que desde las instituciones europeas se impulsan procesos de "privatización" de los servicios públicos, y en concreto del servicio de suministro del agua. Lo cierto es, no obstante, que el concepto de privatización se utiliza en este Informe como sinónimo de imposición de medios de gestión indirecta de los servicios públicos, no como devolución de estos servicios a un régimen de mercado, por lo que esta privatización a la que se refiere el Informe mantiene el carácter público de los servicios. Por ello, lo que realmente se defiende en el Informe es que el suministro del agua a poblaciones pase a ser gestionado de forma directa por la Administración titular del mismo, no que esta actividad se convierta en servicio público, pues no había sido privatizada y no había dejado de ser una actividad prestacional en régimen de servicio público.

El Informe pretende apoyar las campañas en contra de esta llamada "privatización", tratando de demostrar que el sector público presta los servicios de suministro de agua con mayor calidad y menor coste. Este mismo Informe vincula su contenido a la declaración que llevó a cabo la ONU, en el año 2010, sobre el acceso de la ciudadanía al agua y saneamiento como derecho humano. Por ello, se dice en la Presentación del Informe que los

lo que no pueden hacer, recayendo en el laberinto oscuro de la gestión pública, de la gestión ineficaz, de la involución de las infraestructuras. La nueva forma impuesta de gestión pública de los servicios públicos comportará más déficit y empeoramiento de la situación económica de Italia.

9. Informe PSIRU de la Universidad de Greenwich, "Por qué el agua es un servicio público: destapando los mitos de la privatización", de 16 de mayo de 2012, e Informe de Pigeon, McDonald, Hoedeman y Kishimoto, "Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas", publicado por el Transnational Institute de Amsterdam, en marzo de 2015.

10. Sobre los modos de gestión de servicios sanitarios, *vid.* el trabajo de Font, T., "Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo", *RAP*, 199, enero-abril 2016, págs. 253-288.

"sindicatos europeos de servicios públicos pondrán en marcha una Iniciativa Ciudadana Europea orientada a promover la aplicación de este derecho humano y oponerse a la liberalización de los servicios de agua a nivel de la UE".

El Informe se centra en la crítica de la gestión privada "vistos los malos resultados del sector privado, su escasa inversión y precio exagerado". Así, añade que "los partidarios de la privatización alegan más eficiencia en el sector privado, y así lo creen muchos. Sin embargo, la evidencia empírica más bien apunta a lo contrario. De hecho, de varios estudios comparativos de la eficacia del sector público y las empresas privadas del agua en un número de países y de una revisión exhaustiva realizada por investigadores universitarios en 2008 se desprende la ausencia de diferencias significativas en el coste y eficiencia de los sectores público y privado. Un estudio pormenorizado británico, el país con la mayor privatización del sector, puso de manifiesto que, 11 años después de la privatización, las empresas privadas del agua habían perdido eficacia con respecto al sector público, a pesar de tener acceso a tecnologías más avanzadas… La privatización acarrea costes adicionales de licitación, supervisión y resolución de deficiencias y problemas". Para concluir que "a lo largo del folleto se ha intentado dejar constancia de la amarga experiencia que produce la privatización y sus efectos perjudiciales en el precio, la inversión, el rendimiento, la rendición de cuentas y la lucha contra la colusión".

Dentro también del sector del agua, el Informe antes citado (Pigeon, McDonald, Hoedeman y Kishimoto) nos dice que, dentro de la muestra examinada (606 ayuntamientos de menos de 20 000 habitantes), en el 48% de los casos la prestación fue directa, en el 36% mediante concesión o concierto, y en el 11% por mancomunidad o consorcio. Por lo que se refiere a los costes promedio por habitante, estos son más elevados en los casos de gestión indirecta en municipios de menos de 1000 habitantes, tendiendo a igualarse estos costes entre las formas de gestión directa e indirecta en los municipios de entre 1000 y 20 000 habitantes. Los datos aportados sobre la calidad del servicio y la satisfacción de los usuarios son irrelevantes, dado el escaso número de respuestas. Tampoco consta el esfuerzo inversor de las empresas privadas.

El Informe "Remunicipalización: el retorno del agua a manos públicas", publicado por el Transnational Institute de Amsterdam en marzo de 2015, incluye diversos trabajos en los que se defiende en términos generales la remunicipalización y se estudian las experiencias de diversos municipios (París, Dar es Salaam, Buenos Aires). El planteamiento es similar al del anterior Informe citado: la privatización ha fracasado y debe volverse a la

gestión pública, que ya cuenta con experiencias exitosas. Así, se afirma que en los casos analizados la "entidad remunicipalizada ofreció servicios más equitativos, más transparentes y más eficientes que el proveedor privado que le antecedió, con más calidad en el servicio y mejor sostenibilidad a largo plazo"[11].

Como se desprende de las referencias anteriores, el debate general sobre los modos de gestión de servicios públicos, y sobre las bondades y los límites de las formas de colaboración público-privada, ha adquirido una especial fuerza en el caso del servicio de suministro de agua a poblaciones. Es cierto que, como dice la Directiva 60/2000, "el agua no es un bien comercial como los demás", y esto explica que se pueda aprobar el documento de la Comisión Europea: "El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano. ¡El agua no es un bien comercial sino un bien público!" [(COM)2014 177 final, de 19 de marzo de 2014]. También explica que la Asamblea General de las Naciones Unidas declarara (Resolución A/RES/64/292) "el acceso seguro al agua potable salubre y el saneamiento como derecho humano fundamental para el desarrollo completo de la vida y del resto de derechos humanos".

El caso del agua, como vemos, ofrece una singularidad destacable dentro del tema de los servicios públicos locales. La defensa de la gestión directa de este servicio se sustenta en la concepción del agua como un bien común al que todos los ciudadanos deben tener garantizado el derecho de acceso. Se construye de este modo el concepto del derecho al agua, y se reclama la titularidad pública del bien. El derecho al agua se reconoce en textos internacionales como la Carta Europea del Derecho al Agua del Consejo de Europa, de 1968, o la Declaración de Dublín, de la Conferencia internacional de Naciones Unidas sobre el agua y el medio ambiente, de 1992. En esta última Declaración se establece que "todo ser humano tiene derecho a tener acceso al agua a un precio razonable". La Resolución de la Asamblea General de la ONU 10967 de 29 de julio de 2010 afirma que el derecho al agua es un derecho humano universal vinculado al derecho a la vida[12].

11. También pueden consultarse, directamente vinculados a los informes citados, el Informe "Remunicipalización de los servicios municipales", encargado por la Federación Sindical Europea de Servicios Públicos a la Unidad de Investigación de la Internacional de Servicios Públicos de la Universidad de Greenwich, de mayo de 2012, y el Informe del Transnational Institute "Water remunicipalisation as a global trend", en el que se expone cómo en los últimos 15 años más de 180 ciudades de 35 países han recuperado la gestión directa del agua.

12. La Constitución de Bolivia dispone en su artículo 20 que "toda persona tiene derecho al acceso universal e igual al servicio de agua potable. El acceso al agua constituye un derecho humano y no puede ser objeto de concesión y privatización".

A partir de estas consideraciones se concluye que dicho bien, en tanto bien común cuyo fin es satisfacer un interés general (el acceso de todos los ciudadanos a su consumo), no puede ser de propiedad privada, y debe garantizarse su consumo a las generaciones futuras. Además, la regulación de su utilización debe ser pública y participada.

Pues bien, podemos concluir que hasta aquí estamos de acuerdo con este razonamiento, y que precisamente por ello el agua es un bien público en la legislación española. El artículo primero, número 3, del Texto Refundido de la Ley de Aguas, establece que "las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico".

Ahora bien, este razonamiento da un salto argumental para pasar del régimen de propiedad del bien y su regulación al modo de gestión, negando que se pueda llevar a cabo una gestión privada del suministro de dicho bien a las poblaciones. Ahora el argumento consiste en afirmar que la gestión privada del agua comporta el aumento de su precio o aumento de las tarifas, la precarización de puestos de trabajo en las empresas privadas gestoras del servicio, la pérdida de calidad del servicio, corrupción en los concursos públicos, pérdida de garantías para los usuarios, reducción de la inversión, desinterés por el consumo moderado de un bien escaso… Argumentos que en todo caso no guardan relación con el tema de la propiedad del bien, ya que la gestión privada no afecta a la titularidad del mismo, puesto que el agua sigue siendo un bien público o demanial. Argumentos por otra parte discutibles y que en todo caso habrá que acreditar con pruebas suficientes. Es decir, la singular naturaleza del bien agua afecta a su régimen jurídico para imponer que es un bien demanial, imponer una utilización razonable del mismo en función de sus diversos usos, proteger su calidad y asegurar su suministro a todos los ciudadanos como bien de servicio público, pero ello no condiciona su régimen de prestación ni impone en todo caso un modo de gestión público.

A partir de estas ideas, que tienen sentido en países en los que no está garantizado el acceso al agua en condiciones de calidad, se ha desarrollado la idea de que con el agua no puede hacerse negocio, y a partir de esta afirmación se niega la posibilidad de recurrir a formas de gestión privada para la prestación del servicio, lo que como hemos apuntado es una cuestión diversa. Nadie discute en nuestro país que el acceso al agua de calidad a un precio asequible debe estar garantizado a todos los ciudadanos. Cuestión diversa es cómo se consigue que la prestación de este servicio se lleve a

cabo de la forma más eficaz y eficiente. Llevar el agua desde su lugar de origen hasta el grifo del usuario, tratar el agua y reciclarla, requiere fuertes inversiones y conocimientos técnicos. Aquí surge el problema de cómo acometerlo de la forma más eficiente posible.

En el caso del agua el debate se ha teñido de un significativo tono ideológico, planteando su forma de gestión como una necesaria reivindicación de la gestión pública frente al poder de las grandes multinacionales del sector. Un claro ejemplo es el caso de la recuperación de la gestión directa del servicio en el municipio de París, y la defensa de este proceso por su principal impulsora, Anne Le Strat, en su libro "Une victoire face aux multinationales". En este libro el proceso de reinternalización del servicio adquiere un tono épico, de lucha del pueblo frente a gigantes privados. Así, concluye el libro con la cita del papa Francisco y de James Bond. Del papa Francisco se cita su encíclica *LAUDATO SI'*, en la que se afirma que "mientras se deteriora constantemente la calidad del agua disponible, en algunos lugares avanza la tendencia a privatizar este recurso escaso, convertido en mercancía que se regula por las leyes del mercado. En realidad, *el acceso al agua potable y segura es un derecho humano básico, fundamental y universal, porque determina la sobrevivencia de las personas, y por lo tanto es condición para el ejercicio de los demás derechos humanos*. Este mundo tiene una grave deuda social con los pobres que no tienen acceso al agua potable, porque eso *es negarles el derecho a la vida radicado en su dignidad inalienable*. Esa deuda se salda en parte con más aportes económicos para proveer de agua limpia y saneamiento a los pueblos más pobres. Pero se advierte un derroche de agua no solo en países desarrollados, sino también en aquellos menos desarrollados que poseen grandes reservas. Esto muestra que el problema del agua es en parte una cuestión educativa y cultural, porque no hay conciencia de la gravedad de estas conductas en un contexto de gran inequidad". De James Bond se menciona su película *Quantum of Solace*, en la que el personaje perverso trata de hacerse con grandes reservas de agua bajo el desierto boliviano. La autora concluye que con estos dos compañeros de viaje la batalla está ganada.

Pero vuelvo de nuevo a insistir en que en nuestro país nadie niega el carácter del agua como bien demanial, ni nadie niega que el suministro de agua a poblaciones sea un servicio público de prestación obligatoria. Por ello las reflexiones del papa (seguramente dirigidas a países en vías de desarrollo) ya se han asumido, y las maldades del enemigo de James Bond no son posibles. El debate sobre cuál debe ser el mejor modo de prestar un servicio público es otro.

Por lo que acaba de decirse, si centramos el debate en lo que realmente interesa, qué modo de gestión es más eficaz, el caso de París nos puede ilustrar sobre cómo creemos que debe plantearse este tipo de discusiones. Frente a la tesis de Anne Le Strat, deben escucharse otras aportaciones, con el fin de lograr una aproximación más fundada en la realidad, que permita adoptar la mejor solución posible. Por ello es de interés conocer la opinión de Agnès Verdier-Molinié, directora de la Fundación para la investigación sobre las administraciones y políticas públicas, IFRAP. La citada autora nos dice: "Desde el 1 de enero de 2010 la Alcaldía de París optó por sustituir los tres operadores privados (Sociedad de Economía Mixta para la producción, y las filiales de Veolia y Suez para la distribución) por un operador público único, la entidad Eau de Paris, que reúne la totalidad de las tareas y funciones operativas, desde la producción hasta la facturación. Si, en principio, el precio del metro cúbico de agua es mucho menos caro en París (2,90 euros) que en Issy-les-Moulineaux, con concesión privada (cuatro euros), esta diferencia de precio puede ser explicada por múltiples factores. Facilidad de acceso a los puntos de aprovisionamiento de agua, calidad de esta agua, población suministrada, configuración de la ciudad… De otro lado, las compañías municipales están en parte exoneradas de impuestos (impuesto de sociedades, antigua tasa profesional, tasas locales…) y ciertos costes no están incluidos en el precio de venta del agua (personal, por ejemplo) y pueden ser repercutidos sobre el consumidor vía impuestos locales. La Alcaldía de París exhibe como un éxito el hecho de haber hecho bajar el precio del metro cúbico del agua, pero, en paralelo a esta bajada, los parisinos han podido constatar un real aumento de sus impuestos locales (en 2009 un alza media del 11,7%, 395 euros de media) por vivienda y del 47% (552 euros de media) por el impuesto a la propiedad. Durante este período, Issy-les-Moulineaux no aumentó sus impuestos y se clasificó en el séptimo lugar de las ciudades francesas en términos de moderación fiscal"[13].

Pues bien, la conclusión final a la que llegamos es que en el debate sobre la mal llamada remunicipalización de servicios debería evitarse caer en planteamientos ideológicos, identificando la gestión pública con el único modo de defender los intereses generales, y rechazando las formas de colaboración público-privada como fórmulas tendentes a beneficiar a determinadas empresas privadas, con la cesión o participación en la gestión de servicios públicos. Como dijo hace pocos años Germà Bel, "las cosas no son simples ni lineales en numerosos terrenos en la política pública. El de la

13. Verdier-Molinié, A., "Agua: el debate de la gestión pública o privada en Francia", en *The Economy Journal*, Resumen del 2016.

privatización local es uno de ellos. Sí es posible, sin embargo, sostener, con carácter general, que la comparación entre producción pública y producción privada en el ámbito de los servicios públicos no es una partida entre buenos y malos o entre malos y buenos. Este no es un terreno propicio para los defensores apasionados de la superioridad sistemática de la producción privada y tampoco lo es para los defensores incondicionales de la prestación de carácter público".

Centrado así el debate, lo primero es tratar de precisar los conceptos que utilizamos, pues la discusión debe sustentarse en conceptos jurídicos cuyo significado es preciso y compartido.

2
Algunas necesarias precisiones conceptuales

En primer lugar nos detendremos en el concepto estrella, la remunicipalización. Con este concepto se está haciendo referencia en la actualidad a los procesos en virtud de los cuales el ente titular de un servicio recupera la gestión directa del mismo, ya sea mediante el rescate de una concesión en vigor, o bien mediante la asunción de la gestión directa, una vez se extingue la concesión hasta entonces vigente.

Pues bien, si estas son las actividades que se quieren identificar, el concepto de remunicipalizar no es correcto y, por otra parte, es engañoso. Al asumir la gestión directa de un servicio no se remunicipaliza nada, no se recupera la titularidad de un servicio que se había liberalizado y que por tanto vuelve a municipalizarse. Remunicipalizar sería, por ejemplo, volver a convertir los servicios funerarios en servicios públicos obligatorios. Pero si lo que se lleva a cabo es recuperar la forma de gestión directa no se remunicipaliza nada, ya que tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio público existente, un servicio municipalizado. Lo que se hace es "reinternalizar" la forma de gestión, pasar de gestión indirecta a directa, pero en relación con un servicio público municipalizado. Por tanto, reinternalizar –que es lo que supone recuperar la gestión directa– no supone decidir qué actividades prestacionales de contenido económico son o no servicio público. No se trata de decidir ampliar lo público frente al mercado. Se trata simplemente de optar por la forma de gestión que se estima más adecuada para la mejor prestación de un servicio público.

El recurso a este concepto erróneo creemos que encierra una voluntaria carga ideológica. El lenguaje no es neutro. Si defendemos la "remunicipalización" parece que defendemos lo público en sentido amplio frente a lo

privado, el incremento de los servicios públicos, la recuperación para el sector público de servicios que se habían entregado al mercado. Y ello no es así. Si hablamos de "reinternalizar" recurrimos a un concepto de contenido más técnico-jurídico, cuyo alcance es más difícil de conocer y que levanta menos pasiones. Por ello, se recurre al concepto de remunicipalizar, con el fin de obtener mayor soporte político a lo que en el fondo debe plantearse como una cuestión técnica.

Volvamos de nuevo al ejemplo del agua. El servicio municipal del agua existe, en nuestro país, desde 1924, y nadie ha pensado, en ningún momento, cambiarlo; nadie ha pensado, en ningún momento, en llevar a cabo una privatización material del servicio del suministro del agua. En nuestro país todas las aguas son hoy un bien público (todas las aguas son aguas públicas). Cuestión diversa es que la prestación de este servicio se esté prestando de forma directa, indirecta y también por empresas mixtas. Por lo tanto, cuando se habla de remunicipalizar el agua, hay que dejarlo claro: no se trata de convertir el agua en un servicio público, que lo es, lo ha sido y se mantiene. El término, por lo tanto, debería ser en su caso el de reinternalizar la forma de prestar el servicio.

La precisión conceptual anterior nos lleva directamente a tener que precisar el concepto "municipalizar". Si hablamos de remunicipalizar, lo tenemos que poner en conexión con la idea de municipalizar. ¿Qué es municipalizar? Municipalizar es asumir la efectiva prestación de un servicio público. Es un concepto complejo, desde el punto de vista jurídico. La interpretación del artículo 86.2 de la Ley de Bases del Régimen Local ha dado lugar a debates interpretativos no siempre fáciles.

A nuestro entender municipalizar es asumir un servicio para su prestación efectiva por parte de un ente municipal. La calificación de un servicio como servicio público local supone atribuir al ente local su titularidad, la competencia para organizar su prestación, y la responsabilidad de garantizar esta prestación en condiciones de asequibilidad, calidad y continuidad. Pero ello no implica que el ente municipal haya asumido la prestación efectiva del servicio. Para ello se requiere el acuerdo de municipalización. Así –y de nuevo recurrimos al ejemplo del agua–, podemos reconocer que todavía existen determinados municipios donde el servicio del agua no está municipalizado, por lo que todavía existen entidades privadas que prestan este servicio no en un régimen de concesión pública, sino en base a viejos títulos demaniales. En estos casos procede adoptar un acuerdo de municipalización, asunción efectiva de la prestación, y después un acuerdo sobre el modo de prestación de este servicio ya municipalizado.

En tercer lugar, es conveniente precisar también el concepto "externalizar" (*outsourcing*). Este concepto posee un contenido más amplio que el concepto de gestión indirecta de servicios públicos, que de hecho es una forma de externalizar servicios, pero no la única. Externalizar es recurrir al sector privado para prestar servicios propios de la Administración, pero bajo este concepto incluiremos también los servicios internos de la Administración Pública, o lo que podemos llamar servicios administrativos, y por tanto no solo la gestión por terceros de servicios públicos a favor de terceros. Por ejemplo, se externaliza el control de los aeropuertos, que llevan a cabo entidades privadas, pero eso no es gestión indirecta de un servicio público, sino externalizar la realización de una actividad prestacional de la Administración[14].

Por último, otro concepto que creo que es necesario precisar es el de privatización, ya que este concepto puede tener diferentes contenidos, y también se utiliza con una fuerte carga ideológica.

Así, nos encontramos con que se afirma que cuando de la gestión directa se pasa a la gestión indirecta, se privatiza el servicio. Se afirma de este modo que cuando se introduce la gestión indirecta de hospitales públicos se está privatizando la sanidad.

Pues bien, es necesario señalar que la opción por una forma de gestión indirecta de un servicio puede calificarse de privatización del modo de prestación, pero ello no supone que se privatice el servicio, que esta actividad se devuelva al mercado.

Cuando se pasa a una forma de gestión indirecta, se está llevando a cabo una "privatización formal", pero eso no significa que se pierda la titularidad del servicio ni que el ente titular del mismo renuncie a la responsabilidad de su prestación. Seguimos con un servicio público, eso sí, gestionado por una empresa privada que actúa bajo el control del ente titular y como colaboradora del mismo. Por otro lado, no debe olvidarse que cuando se privatiza, en el sentido de pasar a una gestión indirecta, lo que se está haciendo es introducir la competencia por el mercado en la prestación de ese servicio, de modo que las empresas que puedan llevar a cabo esa prestación concurran, a través de un procedimiento selectivo, con publicidad y concurrencia, para llevar a cabo la prestación del servicio, y que a través de dicha

14. Sobre este concepto puede consultarse Fernández Farreres, G., "La Administración Pública y las reglas de la 'externalización'", en AA. VV., *Le esternalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli*, Génova, 25-27 mayo 2006, Bolonia University Press, Bolonia, 2007, págs. 43 y ss. El citado autor pone como ejemplo de externalización de servicios administrativos el recurso a empresas privadas para la alimentación, seguridad y transportes de las fuerzas armadas.

selección se pueda lograr que preste el servicio quien haya realizado la mejor oferta posible.

Distinto sería privatizar en el sentido pleno de la palabra, o privatización en el sentido material. Esta acepción de privatizar significa que un servicio público, una actividad económica que se ha colocado fuera del mercado, se devuelve al mercado y por tanto la Administración deja de ser la titular y deja de ser la responsable de la prestación de ese servicio, porque se entiende que el mercado ya garantiza esa actividad. Esta privatización se llevó a cabo en el ámbito de la Administración local cuando los servicios funerarios perdieron su condición de servicio obligatorio, para pasar a ser un servicio que se presta en régimen de concurrencia y de mercado. En este caso se introduce la competencia en el mercado. Ya no la competencia por el mercado, sino la competencia en el mercado.

Pues bien, situados en un proceso de privatización material, podríamos decir que se produciría la remunicipalización si, como ya hemos apuntado, se decidiera volver a colocar a los servicios funerarios en la lista de servicios locales obligatorios. Entonces sí estaríamos llevando a cabo una verdadera remunicipalización. Se habrían recuperado la titularidad y la responsabilidad en la prestación de este servicio.

3
La decisión sobre el modo de gestión de los servicios públicos

La decisión sobre el modo de gestión de un servicio público debe atender a una pluralidad de factores. Como ya hemos señalado, creemos que no existe un criterio general y apriorístico a favor de la gestión privada o a favor de la gestión pública. El debate abierto sobre esta cuestión requiere un estudio fundado que atienda a las diversas realidades y al marco legal aplicable. Por esta razón nos permitimos apuntar una serie de elementos a tener en cuenta.

Primero, la **diversidad de los servicios**. ¿De qué servicio estamos hablando? ¿Es un servicio económico? ¿Es un servicio personal? ¿Es un servicio que requiere contar con una gran intensidad de personal para su prestación? ¿Es un servicio donde hay una fuerte carga de conocimiento técnico?

Segundo, el **tamaño del municipio**. La decisión puede depender también del tamaño del municipio donde debe prestarse el servicio. ¿Hay posibilidad de crear entes supramunicipales que creen economías de escala para la prestación del servicio? En este caso, deberá tenerse en cuenta el tipo de servicio. La creación de un ente supramunicipal para la gestión del servicio de residuos puede tener más sentido que su creación para la gestión del

servicio de aguas, ya que en este segundo caso se trata de un servicio en red y, por lo tanto, la gestión supramunicipal aporta menos ventajas.

En tercer lugar, la **situación financiera del ente local**. ¿Cuál es la situación financiera del ayuntamiento? ¿Qué necesidades de inversión se van a tener que asumir para la prestación de este servicio? ¿Podrá hacerles frente el municipio? ¿Tiene capacidad de endeudamiento?

En cuarto lugar, la **relación concesional existente hasta este momento**. Si queremos plantearnos la reinternalización, en primer lugar tendremos que ver la duración de ese contrato. ¿Va a extinguirse? ¿Cuándo? ¿Se ha extinguido? Es muy diferente reinternalizar con la concesión ya extinguida o reinternalizar el servicio cuando la concesión todavía está vigente. ¿Qué grado de satisfacción hay con la empresa que venía prestando este servicio?

En quinto lugar pueden tener que considerarse la **situación concreta del municipio** y la **necesidad de municipalizar un servicio aún no municipalizado.** Si, por ejemplo, en ese municipio todavía existen empresas que han de municipalizarse previamente, eso va a tener un coste y va a tener que indemnizarse. ¿No será mejor constituir una empresa mixta con esas empresas que ya venían prestando el servicio en lugar de pretender la municipalización y la posterior "reinternalización" absoluta del servicio?

En sexto lugar deberemos atender a **criterios más jurídicos.** ¿Es discrecional la decisión sobre el modo de gestión? No. Evidentemente, esa decisión deberá, en todo caso, motivarse. ¿Tenemos algún criterio indicativo desde la normativa superior? El derecho comunitario puede calificarse en este punto de neutro, a partir de la aplicación del principio de subsidiariedad. En el derecho interno hay algunos preceptos que deberán tenerse en cuenta. En el ámbito de la legislación local, sobre todo la preocupación presupuestaria. El artículo 85.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, de alguna manera, viene a decir que, en el momento de elegir la forma de gestión entre la gestión directa o indirecta, se deberá motivar cuál es la más eficaz, cuál es la más eficiente, cuál es aquella que responde con mayor precisión a los principios de sostenibilidad económica y de respeto a los principios presupuestarios. Por lo tanto, esos principios habrá que tenerlos en cuenta.

Si es una reinternalización anticipada, no puede olvidarse que entra en juego la figura del rescate, y el rescate comporta una indemnización, que ha de establecerse de acuerdo con los criterios que establecen tanto la Ley de Expropiación Forzosa como la legislación de contratos, y todo ello a través de un procedimiento determinado, por lo que surgirán unos importantes costes de transacción para poder llevar a cabo esa reinternalización del servicio.

Y, por último, el **problema del personal**. Yo creo que ese es un problema fundamental que ya está creando los mayores problemas y las mayores discusiones cuando se trata de llevar a cabo procesos de reinternalización, porque aquí chocan dos lógicas distintas. Por un lado, la lógica protectora de los trabajadores (artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores) y la subrogación, pero, por otro lado, la lógica del derecho público, que establece que para poder ingresar como funcionario público ha de hacerse un proceso de selección. Surgen entonces unas fuertes tensiones, y no parece que sea tan automático que, en un caso de reinternalización, todos los trabajadores de la empresa privada pasen, automáticamente, al sector público.

4
A modo de breve conclusión

¿Cuáles serían las ideas fuerza que quisiera sostener al final de este escrito? Primero, situemos el debate en el marco conceptual correcto. Tratemos de evitar planteamientos ideológicos de partida, y asumamos que para determinar qué forma de gestión debemos utilizar en la gestión de servicios públicos debemos recurrir a criterios de eficacia y de eficiencia, con el fin de tratar de lograr la mejor prestación del servicio. Para ello, deberemos tener en cuenta los criterios que antes mencionaba: la diversidad de servicios, la diversidad de entes locales y la situación concreta de cada caso, para determinar cuál es la mejor forma de prestación del servicio.

En segundo lugar, creo que es muy importante plantear el tema del control de los entes locales sobre los concesionarios. A mi juicio, y reconozco que es una hipótesis que no tengo contrastada, la reacción en contra de las formas de gestión privada ha sido debida, en buena medida, a que las entidades locales se han dado cuenta de que habían ido perdiendo el control sobre los concesionarios, de que se veían dominadas por el concesionario, de que era el concesionario quien acababa imponiendo las condiciones, acababa redactando, de alguna manera, los pliegos, y de que, sucesivamente, iba subrogándose en los sucesivos contratos. Pues bien, si esto es así, en mayor o menor medida, lo que hay que hacer, a mi modo de ver, es recuperar el control, pero no necesariamente pasar a la gestión directa.

Por último, debe señalarse que en estos últimos años, con la nueva idea fuerza de la reinternalización, hemos abandonado una idea que me parece debiera mantenerse. Es la idea del "Estado garante" frente al "Estado prestador". En el Estado las Administraciones Públicas han de ser, preferentemente, garantes de que los servicios públicos se presten en las condiciones

propias de los servicios públicos: gratuidad, continuidad y calidad. Esa es la función esencial, a mi modo de ver, de las Administraciones Públicas: mantener su responsabilidad sobre los servicios públicos, y no necesariamente ser prestadoras de los mismos; volver, por tanto, al Estado garante, que colabora con un sector privado que aporta conocimiento, que aporta recursos y medios personales y financieros que pueden coadyuvar a una prestación eficaz de los servicios públicos.

La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*

José María Gimeno Feliu

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza
(orcid.org/0000-0001-6760-9222)
(gimenof@unizar.es)

1. **El debate sobre la remunicipalización: precisiones iniciales sobre su finalidad**
2. **El contexto de regulación y del modelo económico como condicionantes de la remunicipalización**
   - 2.1. Breve referencia a la evolución de la posición de las Administraciones Públicas en el desarrollo de actividad económica
   - 2.2. Límites generales y contextualización de la colaboración público-privada en Europa
3. **Delimitación conceptual y "resituación" de la posibilidad de remunicipalizar en el marco normativo vigente**

Artículo recibido el 21/12/2016; aceptado el 12/01/2017.

* Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad titulado: "La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos", DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor.

4. **La necesaria delimitación conceptual de contrato de gestión de servicios públicos y servicios**

5. **Las limitaciones derivadas del derecho europeo de la contratación pública a la posibilidad de "remunicipalizar" los servicios. La desaparición de la posibilidad del rescate como una prerrogativa**

   5.1. La equivalencia de prestaciones en las fórmulas de colaboración público-privada: plazos y protección de las inversiones a efectuar

   5.2. El rescate de la concesión como opción expropiatoria y no como prerrogativa del contrato administrativo

6. **Epílogo conclusivo**

Resumen

Este estudio pretende analizar los condicionantes jurídicos, desde la óptica del derecho europeo, a la posibilidad de remunicipalizar servicios locales. Lo que exige cierta depuración conceptual que permita delimitar adecuadamente los contornos de la figura y sus límites.

Palabras clave: *remunicipalización; colaboración público-privada; rescate; buena administración; servicio público*.

The remunicipalization of local public services: the necessary clarification of concepts and the legal requirements from the perspective of European Union law

Abstract

This study analyzes the legal requirements, from the perspective of the European Union law, for the remunicipalization of local services. This analysis requires a conceptual clarification in order to adequately determine the scope and limits of this instrument.

Keywords: remunicipalization; public-private partnership; rescue; good administration; public service.

1
El debate sobre la remunicipalización: precisiones iniciales sobre su finalidad

La cuestión de la "remunicipalización", como mecanismo de *contracting back-in*, se encuentra de actualidad, en tanto existen propuestas en muchos ayuntamientos para iniciar este proceso[1]. El debate, sin duda con componentes ideológicos[2], exige alguna reflexión en torno la problemática jurídica que puede derivarse de estos procesos de "remunicipalización" de servicios públicos locales gestionados de forma indirecta, desde la perspectiva del derecho europeo y, en concreto, de la normativa de contratación pública[3]. Debate que tiene también por finalidad "testar" el modelo de colaboración público-privada en la prestación de los servicios públicos[4]. La lógica de los modelos concesionales –de obras y servicios– ha conformado una arquitectura institucional donde la colaboración público-privada se presenta como elemento relevante para la consecución efectiva de intereses públicos que no pueden ser plenamente cubiertos por la propia Administración. Y frente a ciertos reparos ideológicos que ven en la gestión indirecta de los servicios públicos una privatización de los mismos, conviene recordar, en palabras de G. Marcou, que "los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el *savoir faire* industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía"[5].

1. El propio término de "remunicipalización", ni existe en el Real Diccionario de la Lengua Española ni se contempla en norma alguna. Sin embargo, el término se ha extendido y consolidado.
2. Sobre la concreta posición del derecho, atendiendo a criterios económicos y políticos, *vid.* N. Reich, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 25 y ss. Este autor ya reseñaba la inviabilidad de predicar para el derecho una posición ajena a toda discusión política y económica, pretensión que, paradójicamente, supone ya una determinada alternativa ideológica.
3. Debo remitirme a la argumentación y conclusiones de mi trabajo: "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 50-71.
4. Este debate se produce también en otros países europeos. En Italia resulta de interés el trabajo del profesor F. Fracchia, "Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione", *federalismi.it*, núm. 14, 13/07/2016 (http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=408).
5. G. Marcou, "La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos", en A. Ruiz Ojeda y J. Goh (dirs.), *La participación del sector privado en*

El modelo de colaboración con el sector privado (que no se da solo en la gestión indirecta de servicios publificados) permite determinar unas reflexiones previas en torno a la colaboración público-privada, que no siempre es sinónimo de explotación de grandes infraestructuras o servicios[6]:

a) La colaboración entre sector público y sector privado tiene ventajas presupuestarias, que la hacen muy interesante en épocas de crisis y restricciones presupuestarias, donde ciertas infraestructuras serían si no inviables (pero esta opción queda condicionada a que el socio privado tenga acceso de forma sencilla a la financiación en condiciones aceptables)[7].

b) El criterio de mayor valor/dinero inherente a estos modelos permite una mayor eficacia-eficiencia en la gestión de los proyectos, con escasas desviaciones o problemas de ejecución, a la vez que por su propio diseño son más adaptables a los cambios derivados en los contratos de larga duración (pero debe garantizarse un adecuado equilibrio de riesgos).

c) La colaboración entre el sector público y el privado favorece, *a priori*, una mejor distribución de los fondos presupuestarios, favoreciendo por tanto la solidaridad social, a la vez que promueve la

la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-90. También, T. Brunete, "Colaboración público-privada: presente y futuro", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 331-335.

6. Resulta de interés la opinión de la Comisión en su Comunicación de 19 de noviembre de 2009: "Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)". En este documento se valora a las CPP como soluciones innovadoras de financiación promovidas por la Unión Europea que pueden contribuir, en especial, a: a) facilitar la realización de proyectos de interés público, sobre todo de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; b) compartir los riesgos financieros y reducir los costes de infraestructura que normalmente son soportados íntegramente por el sector público; c) favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo, mediante la competencia y los acuerdos con las empresas privadas; y d) ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países. Además, en el ámbito de la innovación tecnológica son esenciales para la competitividad de la UE, si bien la Comisión debe instaurar un marco específico para facilitar su establecimiento y asegurar el reparto de riesgos y responsabilidades entre los operadores públicos y privados, a la vez que garantizar el acceso a los fondos mediante subvenciones, contratación pública o inversiones.

7. Para G. Bel i Queralt y A. Estruch Manjón, en el proceso de privatización de la gestión de servicios públicos de los últimos años se han tenido más en cuenta los ahorros de costes que la carga ideológica. Sin embargo, en este estudio se concluye que los resultados no concluyen un saldo significativo favorable a la privatización. "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, págs. 193-205.

idea de la solidaridad intergeneracional y la "cultura" de que las infraestructuras no son "gratis".

Sin embargo, también tiene elevados costes de transacción y ciertos problemas de riesgo moral, por entender que el socio privado tiene un aval público ilimitado. Además, puede plantear incertidumbres contables, al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización[8]. Este riesgo –junto con visiones ideológicas distintas– es la base que justifica la reasunción de la gestión pública de contratos de naturaleza concesional. Además, la ejecución de algunas concesiones se ha caracterizado por cierta ausencia de control de la prestación, lo que ha propiciado una percepción de "contaminación" del interés público en detrimento del interés particular del socio privado. Y, en otras ocasiones, se ha cooptado ese interés público por la existencia de carteles empresariales (como en la gestión de residuos)[9].

8. Resulta de interés la opinión de P. Valcárcel, "Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria", en *www.ocbp.es*: "Lo explicado permite afirmar que, en realidad, es esta una fórmula cuya mayor ventaja radica en que permite fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo puede servir para hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en consecuencia, son contratos que tendrán un impacto sobre la sostenibilidad de las finanzas y la libertad de acción para los Gobiernos futuros. Lo cual se intensifica si se tiene en cuenta que hasta hace poco tiempo, en general, el control parlamentario sobre la realización de inversiones a través de estos mecanismos era nulo. En conclusión, fórmulas consideradas de CPP como el peaje en la sombra no son la panacea como remedio ante la crisis. Que puedan no consolidar contablemente como deuda de la Administración a resultas de la aplicación del SEC 95, no altera el fondo económico de este tipo de operaciones que previsiblemente generarán un 'endeudamiento no financiero' que sí acaba repercutiendo en los presupuestos públicos". *Ibidem*, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 456.

9. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en enero de 2015, impuso una multa de 98,2 millones de euros a 39 contratistas públicos y tres asociaciones dedicados a recogida de basuras, mantenimiento vial y reciclaje de residuos, por "repartirse los clientes de las licitaciones públicas" entre los años 1999 y 2013. Las empresas llevaron a cabo una práctica concertada global de reparto del mercado, que integraron en su política comercial. Esta práctica se manifestó en el compromiso de respetar los clientes respectivos, tanto públicos como privados; el reparto de nuevos clientes; el intercambio de información comercialmente sensible (clientes, ofertas presentadas a estos, etc.); el reparto de las licitaciones públicas a través de la presentación de ofertas conjuntas bajo UTE (Unión Temporal de Empresas) o de la no concurrencia en una parte de la licitación a cambio de la posterior participación en dichas actividades; la utilización de las asociaciones sectoriales para implementar el reparto de mercado o para coordinar las actuaciones de las empresas en determinados ámbitos; y las recomendaciones colectivas emitidas por estas asociaciones para persuadir a sus socios acerca del respeto de la práctica concertada de reparto de mercado en su ámbito de actuación.

En ese contexto, la opción de remunicipalizar y volver a una gestión directa encuentra especial justificación ideológica[10].

Por otra parte, se debe advertir, en todo caso, que el debate sobre la prestación de los servicios públicos locales, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público[11], es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad[12]. Y debe diferenciarse también entre servicios económicos de interés general y los Servicios de Interés General, que son actividades esenciales cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio; se trata de los denominados servicios sociales, entre los que se incluye la sanidad, amén de otros como la educación, la seguridad social, etc., que no se organizan prioritariamente como actividades económicas, no siéndoles, por tanto, aplicables las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior, y reconociendo el Tratado una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social[13].

Como bien ha destacado el profesor J. Tornos Mas, el concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión, pues existen dos concepciones de servicio público: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de

10. Por todos, J. Ortega Bernardo, "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales", *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2016, pp. 31-62.

11. Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que "la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica –con detractores y valedores–, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas".

12. G. Jeze consideraba que son servicios públicos aquellas necesidades que únicamente pueden ser imputadas a la colectividad en su conjunto, y que tienen por finalidad la mejora de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera. "Appréciation per les gouvernements et leur agents de l'opportunité d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics", *Revue Droit Public*, 1915, pp. 1 y ss.

13. No en vano el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa declara: "Las disposiciones de los tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico" (art. 2).

que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado, más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestaciones[14]. Concepto de servicio público que necesariamente debe interpretarse a la luz del derecho europeo[15], donde –sobre el concepto de la universalidad– recobra su razón de ser, al convertirse en un instrumento jurídico eficaz de cara a la consecución de un mercado único en la Unión Europea[16]. Como afirmó J. M. Woehrling, la construcción europea nos introduce necesariamente en el mundo de la diversidad y la concurrencia, en el que los servicios públicos deben ser dinamizados y conocer un nuevo impulso, de tal manera que permitan una mutación del poder público en el sentido de promotor y garante de la corrección del juego social y económico[17]. Es decir, el servicio público deviene como una institución o técnica destinada a preservar, en un marco de competencia económica, la calidad de ciertas actividades donde existe un marcado y evidente interés general. Y es que lo público y su protección no exigen una prestación directa por la Administración. Por ello, ha sido y es tradicional la prestación de servicios públicos por particulares sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la actividad privada en campos como la educación, la sanidad o los servicios sociales[18].

14. J. Tornos Mas, "Servicios públicos y remunicipalización", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016 (ejemplar dedicado a *Derecho Administrativo: Regulación de Servicios Públicos y Competencia*. http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.002), pp. 51-76. También, "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 32-49.

15. *Vid.* el trabajo de J. Tornos Mas, "El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario", *RAP*, núm. 200, 2016 (ejemplar dedicado a *El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea*), pp. 193-211.

16. *Vid.* M. Carlón Ruiz, "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal", en AA. VV., *Derecho de la Regulación, Tomo I*, Iustel, 2009, pp. 463 a 535.

17. J. M. Woehrling, "Reflexions sur le renouveau du service public", *La Revue Administrative*, núm. 269, 1992, pp. 396-400.

18. J. Tornos Mas, "Servicios públicos y remunicipalización", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016, ob. cit., p. 53. Así, este autor considera que el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva: "Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las Administraciones Públicas. Esta garantía no supone que en todos los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo,

Obviamente, las actividades que no merecen la calificación de servicios públicos, en tanto no son asumidas directamente por el municipio, quedan –y deben quedar– fuera de esta posibilidad de reinternalizar servicios. Es decir, no pueden incluirse en este debate supuestos propios de iniciativa económica local, con fundamento constitucional bien distinto[19].

Por supuesto, toda decisión sobre "remunicipalizar", como su inversa, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien ha explicado J. Ponce, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración. La decisión de "volver" a una gestión directa de una actividad gestionada indirectamente por particulares (generalmente una concesión) deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación que se "remunicipaliza"[20]. Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave –incluso decisivo– para justificar la decisión que se adopte[21]. Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como ha señalado este autor, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que "las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los

otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las Administraciones Públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio" (p. 55). Sobre la incidencia de la idea del servicio público en el ámbito sanitario resulta de especial interés el trabajo de T. Font i Llovet, "Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo", *RAP*, 199, 2016, pp. 253-288.

19. Así lo advierten J. Ortega Bernardo y M. de Sande Pérez-Bedmar, "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015, pp. 64-94, en especial, pp. 72 a 74. Sobre esta cuestión de la iniciativa local resulta de interés el trabajo de E. Montoya Martín, "Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, pp. 171-173. Sobre la necesidad de atender a la eficiencia, economía y buena administración en la prestación de servicios locales se ha pronunciado E. Montoya Martín, "Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental", ob. cit., pp. 173-178.

20. El Tribunal de Cuentas, en su Informe núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011, ha puesto de relieve que, en el caso de municipios correspondientes al tramo de entre 5001 y 20 000 habitantes, los datos han permitido concluir que resultó más cara la prestación mediante contratación pública que a través de los propios medios municipales.

21. Sobre este principio, *vid.* J. M.ª Gimeno Feliu, "El principio de eficiencia", en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1255 y ss.; y M. Vaquer Caballería, "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp. 91 y ss.

servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico"[22].

Y no será correcto el argumento de que se garantiza una estabilidad de empleo o se dignifican las condiciones laborales, pues tal motivación resulta ajena a los motivos que justifican una posible "remunicipalización", lo que comporta un vicio de desviación de poder (muy evidente si la decisión pretende una "funcionarización encubierta del personal")[23]. En esos casos, lo que debe hacerse es "rearmar" el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como, por ejemplo, se ha indicado en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, que admite incluso la subrogación "contractual"). Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores declara que: "la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato".

Por supuesto, la decisión de remunicipalizar deberá ser compatible con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ar-

22. J. Ponce, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 40, febrero de 2016, pp. 74-75.

23. También J. Ponce apunta la existencia de desviación de poder, y consecuente invalidez, cuando la finalidad del rescate en una "remunicipalización" se aleja de los fines propios. "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit., p. 89.

tículo 1 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera), tal y como se previene en la regulación que sobre esta posibilidad regula la LRBRL[24]. Así, los procesos de remunicipalización requieren, con carácter previo –como ha explicado en profundidad el profesor F. Villar Rojas, y a cuyas precisas conclusiones me remito–, superar el filtro de las reglas sobre sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, solo entonces serán viables. Pero, además de superar esas exigencias, la decisión local sobre la forma de gestión queda condicionada por las preferencias establecidas por el legislador de régimen local, que se basan en aquellos mismos principios. No se trata ya, como lo fue durante mucho tiempo, de una dimensión secundaria, sino que esas reglas son presupuesto de la organización y gestión de los servicios locales[25]. En este sentido, la decisión de remunicipalizar deberá medir el impacto en las arcas públicas, y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos, y quien adoptó tal decisión, dependiendo de las circunstancias, podría haber cometido una infracción de las tipificadas en el artículo 28 de la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la informa-

24. Es más, el artículo 85.2 indica que "solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera". Sobre esta cuestión resulta de interés el estudio de J. Ponce, "Crisis económica, deberes jurídicos de eficiencia y economía y derecho administrativo", en Blasco, A. (coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, 2011, pp. 459 y ss.

25. F. Villar Rojas, "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*, núm. 58/59, 2016, pp. 96-106. Como concluye este autor, existe la obligación de evaluar toda decisión local, también sobre modos de gestión, a la luz de los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y de la regla de gasto. Así, la potestad de elegir entre gestión directa e indirecta, con los límites conocidos relativos al ejercicio de autoridad, da paso a la aplicación de reglas determinadas por la ley: preferencia implícita por la gestión indirecta (mediante contrato) y por la financiación por los usuarios (tasas, tarifas); y, en su defecto, por la gestión directa administrativa, también con tasas y tarifas. La gestión directa empresarial aparece como una excepción que requiere de especial justificación.

ción pública y buen gobierno[26]. Repercusión económico-financiera claramente vinculada también a la solución que se derive del personal que trabaja en la empresa privada que será "asumida" por la Administración[27].

El debate, lógicamente, es también de repercusiones ideológicas en torno a la bondad de un modelo de *insourcing*[28]. Pero un debate jurídico-técnico aconseja alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa. Habrá de analizarse supuesto a supuesto. Sin olvidar, como ha señalado J. Ponce, que la ideología puede tener su papel en la Política (*politics*), pero no lo tiene en la política pública concreta (*policy*) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión[29].

2
El contexto de regulación y del modelo económico como condicionantes de la remunicipalización

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público– frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privadas, parece necesario abordar un análisis jurídico de los procesos de remunicipalización –que se están produciendo o que pretenden llevarse a cabo–, de las consecuencias que arrastran y de los posibles condicionantes derivados del derecho europeo y sus principios reguladores[30].

26. J. Ponce, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit., p. 80.

27. Sobre la situación del personal en un proceso de "remunicipalización" me remito al trabajo de F. Castillo Blanco, "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 72-95.

28. Se pretende invertir la idea de que existe siempre una mejor prestación cuando existe gestión privada y no pública. Un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países, llega a la conclusión de que "no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica" (World Bank, 2004). De hecho, los planes de ajuste de una entidad local pueden justificar la no externalización (por ejemplo, Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, Medida 7: Contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual).

29. J. Ponce, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit., p. 96.

30. Sobre esta nueva visión "remunicipalizadora" puede consultarse el trabajo de H. Wollmann, "La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un 'retorno' a las gestiones

2.1
Breve referencia a la evolución de la posición de las Administraciones Públicas en el desarrollo de actividad económica

En España, desde el siglo XIX vienen empleándose fórmulas de colaboración público-privada, tanto contractuales como institucionales (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)[31], que han conocido en estos últimos quince años una fuerte expansión (no siempre por motivos ideológicos)[32]. Y el contrato de gestión de servicios públicos –y el sistema de concesiones– ha conformado un eje de la propia disciplina del derecho administrativo clásico[33].

En la actualidad, sobre todo en los países occidentales, desde ya hace años, se observa la tendencia a reducir el protagonismo estatal directo en el desarrollo de las actividades económicas, acusándose una importante reducción del intervencionismo administrativo, debido a que ha quedado ya suficientemente acreditado que los sistemas de intervención directa resultan incompatibles con un verdadero crecimiento, y que, por otra parte, como ya advertía el profesor S. Martín-Retortillo, en ocasiones, "resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público"[34].

En este siglo XXI se constata la consolidación de un modelo de "liberalización" de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva "desregulación" o "desreglamentación" de actividades que hasta

públicas/municipales?", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80.

31. Procede recordar al respecto la clásica obra de F. Albi (*Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960), que explica con detalle la justificación de los distintos modos de gestión de servicio público. Y el eje de la regulación no es el contrato –que es lo accidental–, sino el propio servicio público a prestar. Lo que explica la tesis de Albi sobre la posibilidad de "remunicipalizar" el servicio mediante rescate, pues configura a esta técnica desde la lógica de la mutabilidad unilateral (pp. 661-662).

32. Por todos, el trabajo de N. Magaldi Mendaña, "La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 39-40, 2012, pp. 165-219. *Ibidem*, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, 2012.

33. Al efecto, debe recordarse el trabajo de J. L. Villar Palasí, "Concesiones administrativas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor, tomo IV, pp. 690 y ss. Villar Palasí, aun reconociendo el carácter bilateral de la concesión, negaba el carácter contractual de la misma y destacaba que el modo de vinculación es el acto administrativo unilateral (p. 703). Sobre las dificultades de delimitación de contorno y categorías de concesiones, *vid.* F. López Ramón, "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, 1989, pp. 563-610.

34. S. Martín-Retortillo, "Las nuevas perspectivas de la Administración Económica", *RAP*, núm. 116, 1988, p. 35.

entonces se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, por mor de la satisfacción del interés público, hacia un modelo de "re-regulación" o "neoregulación", en virtud del cual la "Administración Económica" se ha adaptado a las nuevas circunstancias, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y la dirección de una política económica concreta: se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del derecho administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativo[35].

El concepto de servicio público, como técnica de intervención directa en la economía, ha ido evolucionando hacia las condiciones de calidad y regularidad de la prestación, obviando el dato de la titularidad pública (el profesor S. Muñoz Machado ha abordado con claridad esta cuestión y su concreto significado)[36]. Así, podemos hablar de Estado regulador[37], o incluso de Estado garante (como desde hace ya años insiste J. Esteve Pardo)[38].

Como principales características de esta reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y las categorías dogmáticas del derecho administrativo), podemos advertir que en lo económico se observa una reasignación de los recursos desde los poderes públicos hacia el mercado, generalmente a través de procesos privatizadores de empresas públicas y la creación de sociedades públicas que actúan en régimen de derecho privado; en lo técnico, a la aceleración tecnológica e industrial; y en lo histórico, a la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización, y cuya manifes-

35. Por todos, F. Villar Rojas, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

36. S. Muñoz Machado, *Servicio público y mercado*, tomo I, Civitas, 1998.

Igualmente, para conocer la evolución y el significado de la categoría del servicio público resulta de gran interés el estudio de L. Martín Rebollo, "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 2538 y ss. También G. Fernández Farreres, "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía", *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, pp. 7-21. Sobre la evolución en el mundo local del concepto de servicio público resulta de interés el trabajo de J. L. Martínez-Alonso Camps, "El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos", en J. A. Carrillo Donaire y P. Navarro Rodríguez (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, Madrid, 2014, pp. 599 y ss.

37. S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

38. J. Esteve Pardo, "La Administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39.

tación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo.

El resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad.

Obviamente, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica[39], sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las instituciones europeas[40]. Aunque es cierto que no se impone un modelo de "privatización" de gestión.

La Directiva 2014/23, de concesiones, indica que: "La presente Directiva reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios. En concreto, la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros. Los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público" (cdo. 5). Para advertir que: "Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios" (cdo. 7).

Sin embargo, como se verá, sí avanza cierta preferencia por las fórmulas de colaboración público-privada, no solo como necesarias para financiar

39. Me remito a mi trabajo como contribución al libro en homenaje al profesor S. Muñoz Machado, "Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica", Aranzadi, Cizur Menor, 2016, vol. I, pp. 279-299.

40. Así, en los servicios públicos de transporte existe ya regulación específica [Reglamento (CE) n.º 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo].

complejas infraestructuras o servicios, sino también como estrategia para incorporar los mejores saberes tecnológicos o de innovación (en ocasiones inaccesibles para un poder público).

La posibilidad de "remunicipalizar" un servicio que se gestiona de forma indirecta, no puede realizarse en estos momentos desde la lógica de la legislación nacional. Los principios y las técnicas o formas de la gestión indirecta de los servicios públicos, deben interpretarse a la luz de las reglas y principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión y de la normativa europea reguladora de la contratación pública, que se caracteriza ahora por su clara *vis* expansiva. Y es que el modelo tradicional de la contratación pública, armado sobre la figura del contrato administrativo, que pivota sobre las "prerrogativas administrativas", debe ceder a favor de las reglas de competencia y del principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales[41]. Frente a la idea de *imperium* y unilateralidad de la relación jurídica, respeto al principio de *pacta sunt servanda* y bilateralidad contractual.

2.2 Límites generales y contextualización de la colaboración público-privada en Europa

Un principio clave en el derecho europeo, que condiciona en gran medida cualquier decisión económica de una Administración Pública, es el de estabilidad presupuestaria (la idea de estabilidad presupuestaria ha estado ligada, pues, desde el origen, a la moneda única y a un sistema monetario europeo estructuralmente inestable)[42]. Regla que se ha consagrado en el artículo 135 CE y que presenta una vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente.

Por ello, el escenario de gestión privada de actividades de titularidad pública (lo será siempre mediante regulación contractual) no resulta ya desde

41. Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. Meilán Gil, "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", *RAP*, núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de G. Ariño Ortiz, "El enigma del contrato administrativo", *RAP*, núm. 172, 2007, pp. 79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

42. El artículo 310.1 TFUE afirma que "el presupuesto deberá estar equilibrado en ingresos y gastos".

la mera opción de decisión política, fácilmente reversible, pues la pertenencia del Estado español a la Unión Europea tiene importantes repercusiones en el concreto diseño y reconfiguración de los contornos y principios de la intervención pública en la economía, en cuanto supone una unificación (o al menos armonización) supranacional de los escenarios y las técnicas de intervención administrativa.

Desde la lógica de estos principios, los procesos de "remunicipalización" mediante rescate de los contratos existentes presentan importantes problemas de encaje con las previsiones legales de disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones locales[43], desde el punto de vista de las indemnizaciones a satisfacer a las actuales concesionarias.

En segundo lugar, no puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la "visión" de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociados al mismo. La Directiva 2014/23, de concesiones, expresa esta convicción: "La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada 'Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador' ('la estrategia Europa 2020'), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación" (cdo. 3).

43. De hecho, el artículo 86.1 LRBRL establece que: "Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial". De hecho, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

La colaboración público-privada se refiere, en general, "a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio"[44].

Los fundamentos de este impulso por parte de las instituciones comunitarias a la colaboración público-privada se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa; b) la consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado; y c) el nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador[45].

El nuevo paquete legislativo europeo contiene una "novedosa" Directiva de "concesiones" (Directiva 2014/23) que es, sin duda, una de las grandes novedades, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)[46]. Normativa que

44. El Comité Económico y Social de la Unión Europea se muestra igualmente partidario de estas fórmulas, en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento" (2005/C 234/12), DOUE de 22 de septiembre de 2005.

45. El Comité Económico y Social de la Unión Europea se muestra igualmente partidario de estas fórmulas, en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento" (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005. M. Garcés Sanagustín recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en tanto que las empresas constructoras tienden a reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Se libera, además, al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. *Vid.* "En torno a la colaboración", en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. Igualmente, M. Hernando Rydings, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales,* Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 530-532.

46. Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación "Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza", de 13 de abril de 2011, COM(2011) 206 final.

generó una importante contestación y que exigirá un esfuerzo de transposición[47]. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado[48] donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas características (en contratos complejos y de larga duración), y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible.

El principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco[49]. Y, por supuesto, incrementar la se-

47. Por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social publicado en el Diario Oficial del día 29 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Dictamen del Comité de las Regiones publicado en el Diario Oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74); ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría, al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento Europeo había aprobado una resolución sobre la modernización de la contratación pública, de 25 de octubre de 2011, en la que se afirmaba, con relación a las concesiones de servicios, que "ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; […] insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior". Como curiosidad, un ejemplo de problemas de traducción fue el Informe del Parlamento Europeo sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de "servicio de concurso" en lugar de concesiones de servicios públicos.

48. No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. *Vid.*, por todos, J. González García, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

49. Resultan de interés las reflexiones de X. Lazo Vitoria, "El futuro del mercado concesional en Europa", *CEFLegal*, CEF, núm. 154, noviembre 2013, pp. 137-174. En este trabajo se advierte que mientras el legislador comunitario incluye en el "riesgo operacional sustancial" a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva de concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato "no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar"; y, por lo mismo, se subraya por X. Lazo Vitoria la necesidad de flexibilizar el concepto de "riesgo operacional sustancial" contenido en la Directiva ["Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas Directivas de contratación pública", en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 426-430]. Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (si no excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación.

guridad jurídica, ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones, y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación[50].

3
Delimitación conceptual y "resituación" de la posibilidad de remunicipalizar en el marco normativo vigente

El debate y las posibilidades de la remunicipalización exigen cierta delimitación conceptual de cuándo puede hablarse de remunicipalización como opción a la gestión privatizada de un servicio. Técnicamente solo pueden "remunicipalizarse" aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LRBRL) que se gestionan de forma indirecta. Aunque no es propiamente una "remunicipalización", puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades "despublificadas" (como servicios funerarios) y en régimen de competencia necesitarán de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Opción poco plausible, pues la LRSAL (2013) ha optado por impulsar la libre competencia, elevando las exigencias para el ejercicio de una actividad económica por las entidades locales, teniendo en cuenta el impacto que dicha actividad puede tener sobre la libre competencia (la opción es "ajustar" la dimensión del sector público local)[51], y eliminando servicios de la lista de posibles monopolios de las entidades locales, como es el caso del suministro de calefacción, las lonjas y los

50. Interesa sobre el contenido de esta Directiva el trabajo de F. L. Hernández González, "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 169-237; así como el de J. Perdigó Solà, "Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de Concesiones", en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 89-121. También, F. Blanco López, "La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El 'riesgo operacional'", *Derecho y Salud*, vol. 24, extraordinario XXIII Congreso 2014, pp. 101-107.

51. Por todos, me remito al estudio de E. Montoya Martín, "Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, mayo 2014. Carácter "limitado" del sector público que, como filosofía, se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

mataderos; y se condiciona la prestación de un servicio en régimen de monopolio al informe previo de la autoridad de competencia[52].

Por otra parte, si la actividad no es un contrato de servicios públicos, sino que su objeto es típico de una relación de servicios, obviamente tampoco podrá hablarse de remunicipalización, sino de no "externalización" o "internalización" de esos servicios y de su asunción (si es necesaria su prestación) por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para "falsear" la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrá utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios)[53]. Las técnicas de autoorganización administrativa no pueden ser utilizadas en fraude de ley para excluir determinadas actividades de las reglas de la competencia, ni para eludir las exigencias propias de la iniciativa pública local[54]. Así, una ampliación de objeto de un medio propio ya existente, con intención de asumir la actividad y el personal de una empresa privada que prestaba un servicio a la Administra-

52. *Vid.* C. Lence Reija, "La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015, pp. 179-214.

53. De hecho, la Autoridad Vasca de la Competencia, en una muy interesante Resolución, ha sancionado por utilización indebida de la técnica del medio propio (*Arabako Lanak*, S.A.), en tanto distorsiona el mercado –Resolución (Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA) de 11 de noviembre de 2015–. A juicio de la Autoridad Vasca se acredita que el acuerdo de utilización de un medio propio tiene por objeto detraer del mercado la prestación de una serie de servicios, lo que es, en esencia y por su propia naturaleza, restrictivo de la competencia. Y no se requiere por tanto para su calificación la acreditación de efectos concretos en el mercado (que sí se tendrían en cuenta, en su caso, para determinar la cuantía de la sanción). Y no puede admitirse, según explica la Autoridad Vasca, que dicha técnica de encargo pueda justificarse en la idea de mayor eficiencia, pues no se acredita el cumplimiento de todos los requisitos que a tal efecto exige el artículo 1.3 de la LDC para que no se consideren prohibidas las prácticas: que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico o económico, siempre que se pueda acreditar que se verifican todas las siguientes circunstancias. No concurre esta excepción a juicio de la Autoridad Vasca de la Competencia, que entiende que dicho acuerdo ha producido el efecto de falsear la competencia respecto de los servicios que de hecho se han sustraído del mercado. Por lo expuesto, la Autoridad Vasca de la Competencia ha considerado pertinente imponer a todos los afectados por este expediente la obligación de paralizar la práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro, e imponer también, en su caso, multas de carácter simbólico: 50 000 euros a la Diputación, y 15 000 a la empresa pública (no hay multa económica a los ayuntamientos).

54. En este sentido, el Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales, ha advertido sobre la indebida, por extensa, utilización de la técnica de medio propio, y ha concluido que "los servicios como la limpieza de instalaciones municipales, que no constituyan prestaciones de poder público, no pueden ser objeto de relaciones de cooperación entre entidades públicas no sometidas a la normativa de contratación pública".

ción, puede suponer una restricción ilegal a la competencia y devenir en una declaración de ilegalidad.

La municipalización de servicios es una potestad excepcional que se encuadra en el marco del artículo 128.2 CE[55]: "Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general"[56]. La finalidad de dicho precepto no es otra que la de admitir la posibilidad de que el sector público, cuando por razones de interés general lo considere oportuno, asuma con exclusividad una determinada actividad o servicio, sustrayendo su gestión de manos privadas, tanto en actividades o servicios que se planteen *ex novo*, como si con anterioridad tales actividades o servicios hubieran sido desempeñados o desarrollados por el sector privado. Así ha sido reconocido expresamente en la STC 189/1991, de 3 de octubre, donde se acepta el planteamiento de opción en las reservas al decir que, "aunque no sea una afirmación necesaria, se encuentra dentro de los poderes del legislador". Por otro lado, es aquí contemplada como mero instrumento jurídico que permite canalizar adecuadamente en términos legales la adopción por el poder público de una decisión interventora de máxima intensidad**.** Es, en todo caso, una herramienta y no un objetivo en sí mismo.

Así pues, el artículo 128.2 CE permite –que no impone– la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales.

Las corporaciones locales tienen también la titularidad pública de determinadas actividades económicas consideradas esenciales. Debe advertirse, en cualquier caso, que solo serán servicios públicos de titularidad municipal los mencionados en el apartado 2 del artículo 86 de la LRBRL –sobre la base del artículo 128.2 CE–, al realizar una reserva de actividades en favor del sector público local (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros) que sí supone la exclusión de la iniciativa privada de las mismas (se constata la limitación de actividades publificadas, que son las únicas sobre las que, en sentido estricto, hay posibilidad de "remunicipalizar" la gestión).

55. Se trata, en palabras de F. Sosa Wagner, de una intervención "cualificada". *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 2008, p. 22.

56. *Vid.* S. Muñoz Machado y J. M.ª Baño León, "Libertad de empresa y unidad de mercado", en AA. VV., *La empresa en la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 211-233; y J. M.ª Gimeno Feliu, "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa *versus* reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 141-212.

Existe reserva, en estos momentos, en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable.

Queda abierta la posibilidad de que otras leyes efectúen la reserva de municipalización en favor de los entes locales, teniendo en cuenta que la ley no es libre para reservar al sector público cualquier sector de la actividad, sino solo de aquellos que puedan calificarse como servicios esenciales para la comunidad. Entendido así el artículo 86.2 LRBRL, no existe duplicidad con el artículo 26 de la misma, pues los dos preceptos tienen una finalidad distinta: el primero de ellos, atribuir competencia al municipio para que pueda desarrollar su actividad prestacional en concurrencia con la empresa privada; el segundo, permitir a los entes locales (y no solo al municipio) que excluyan a esta de un sector que, desde que se haga efectiva la reserva, será de la exclusiva titularidad del ente local. Ello es lo que justifica que en el artículo 86.2 se haga referencia a servicios esenciales que están también enumerados en el artículo 26 como servicios obligatorios, y, al contrario, que se definan como servicios esenciales los que no están inscritos en el ámbito de la competencia municipal (como ocurre con la calefacción y el gas). El artículo 86.2 LRBRL es la concreción de la técnica de reservas al sector público del artículo 128 CE.

Desde esta perspectiva (los servicios reservados son servicios públicos), la STS de 24 de octubre de 1989 señala que estos servicios son "[…] una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua".

Esto significa que la declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad, sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local[57]. En suma, el artículo 85.1 LRBRL no opera como reserva al sector local, existiendo solo servicios públicos locales de titularidad municipal en los supuestos del párrafo 3 del artículo 86 LRBRL. Este criterio es el que sigue el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales (Decreto de 13 de junio de 1995), al hablar en su artículo 181

57. J. M.ª Gimeno Feliu, "Los servicios públicos locales", en A. Fanlo (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Administración Local en Aragón*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 321-355.

de "servicios públicos esenciales reservados" cuya gestión puede ser directa o indirecta.

En cuanto a la gestión de los servicios o actividades reservadas (tal y como reconoce el art. 95 TRRL), podrán gestionarse, según dispone el artículo 85.2, 3 y 4 LRBRL (respetando los preceptos del TRLCSP que tienen carácter básico), de forma directa (mediante gestión por la propia entidad, organismo autónomo local o sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local) o de forma indirecta (a través de concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituidas cuyo capital social solo parcialmente pertenezca a la entidad local).

Analizado el marco normativo, conviene recordar, en palabras de C. Lence Reija, que "el motivo históricamente determinante para las municipalizaciones de los servicios económicos era parafiscal: aumentar los ingresos municipales". Así lo ha puesto de manifiesto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en su informe de 1993 titulado "Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios", cuando traía a colación el Preámbulo del Estatuto Municipal de 1924, que decía: "con prudencia y cautela podrá hacerse mucho en bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende, en gran número de casos, a considerables cifras". De esta suerte, los beneficios monopolísticos equivalían a un impuesto sobre los servicios. Como decía el artículo 19 del Proyecto de 14 de junio de 1905 de Hacienda Municipal, "con los rendimientos líquidos de los servicios públicos explotados por los ayuntamientos se llevará a cabo la desgravación de los impuestos que constituyen actualmente su presupuesto de ingresos, empezando por el de consumos".

Es evidente que estamos ante un proceso de progresiva eliminación de actividades sujetas a la prestación en régimen de monopolio, y este proceso ha sido impulsado por las autoridades de competencia con base en los principios europeos sobre regulación de actividades económicas. Por ello, en los procesos de municipalización se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva, en régimen de monopolio, de las actividades previstas en el artículo 86.2 LRBRL[58].

58. Así lo prevé la disposición final primera de la LRSAL, que da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local para exigir que, como requisito previo, se recabe "informe de la autoridad de competencia correspondiente".

4
La necesaria delimitación conceptual de contrato de gestión de servicios públicos y servicios

Un importante condicionante en cómo se gestionan los servicios públicos locales, y cuál debe ser su marco normativo, se encuentra en el derecho europeo, que obliga a reinterpretar las diferentes formas de gestión indirecta del TRLCSP a la luz del muevo modelo regulatorio europeo.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias. Así, en los considerandos de la Directiva 2014/23, de concesiones, se advierte que "existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión (cdo. 4)"[59].

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública[60].

59. A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en derecho comunitario, en la que se nos advierte que, en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE, el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la "Directiva obras" prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son "contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador […], por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra […], bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador" [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un "contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio". Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. *Vid.* L. Miguez Macho, "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 172-182.

60. *Vid.* J. M.ª Gimeno Feliu, "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP", *REDA*, núm. 156, págs. 17 y ss.; M. M.ª Razquin Lizarraga, "El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria recon-

Así se había advertido en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (con fundamento en las sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, y 10 de noviembre de 2011, *Norma-A SIA*), que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*)[61]. En ausencia de transferencia de riesgos nos encontramos ante un contrato de servicios, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios[62].

---

ducción de este tipo contractual (Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", en *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, tomo II, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3549 y ss.; e, ibídem, "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", *REDA*, núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M. Á. Bernal Blay, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas "paraconcesionales"*, Civitas, Cizur Menor, 2011; y P. Valcárcel Fernández, "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss.

61. Según esta doctrina consolidada, existirá un "contrato de servicios" en el sentido de las directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la Sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por acuerdos 55/2013 y 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013, de fecha 19 de septiembre de 2014, hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la Sentencia 348/10 Norma-A y Dekom (en las resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña (resoluciones 24/2013, de 1 de febrero, 50/2013, de 25 de marzo, y 136/2013, de 19 de septiembre) y el Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

62. Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 5.1 de la Directiva, al referirse a la "concesión de servicios" como "un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago". Añadiendo que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas o a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado, que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato[63]. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se con-

servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las directivas: "En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión". Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que: "En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de esta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico".

63. La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. Ariño, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como el reciente trabajo de J. Punzón Moraleda y F. Sánchez Rodríguez, "El equilibrio económico de los contratos públicos", en AA. VV., *Observatorio de Contratos*

sideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo (considerando 11 y art. 5)[64]. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

> "Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por 'riesgo de demanda' el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por 'riesgo de oferta' el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de

Públicos 2011, Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. Amenós Álamo y J. E. Nieto Moreno, "La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública", *REDA*, núm. 156, 2012, pp. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de directivas tiene el estudio de M. Fuertes, "Los riesgos del riesgo de explotación", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. También el trabajo de E. Arimany Lamoglia, "El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 'Autopista Madrid-Toledo (AP-41)'", en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. especial homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias, 2011, pp. 93-100; y J. F. Fernández García, "Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos", *REDA*, núm. 163, 2014, pp. 145-180.

64. La distinción entre concesión de obras y concesión de servicios no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de contratos mixtos, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1). La nueva Directiva regula el régimen jurídico de las concesiones en los arts. 20 a 23, diferenciando entre concesiones con diversidad de objetos (contratos mixtos) y concesiones con diversidad de actividades. Cabe destacar que tanto en el supuesto de concesiones con elementos objetivamente disociables (p. ej., construcción de un edificio para uso público con explotación de aparcamientos subterráneos) como en el de concesiones que engloben actividades diferentes (p. ej., construcción y explotación de autopista y explotación de restaurante), el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) contratos separados para cada parte o actividad; o b) un único contrato, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva, según se trate o no de objetos o actividades sometidas a las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE. Esta fórmula no solo se separa de la jurisprudencia comunitaria (por todas, STJ de 22 de diciembre de 2012, Mehiläinen Oy, C-215/09, apartado 47) y de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, *ex* art. 18.4), sino que además difiere de la prevista en la Directiva 2014/24/UE (art. 3.4).

manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario".

Este riesgo operacional se vincula a la utilización (que incluye la disponibilidad, y que, por tanto, no es de elección, dado que se habla de transferencia de riesgo de demanda, o de oferta, o de ambos).

Lo ha definido bien el TJUE:

"El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servidos prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio" (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09)[65].

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que este asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación como concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre[66]. Obviamente, no resulta razonable exigir

65. Conviene recordar que la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (asunto Norma-A y Dekom) se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios: "48. El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 37). En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 38)".

66. Como bien ha recordado M. Fuertes, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes…, para reconocer que no se trata de un contrato de servicios. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio

a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)[67].

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión, o a errores de apreciación del operador económico, no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios[68]. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M. Á. Bernal Blay, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones

de abastecimiento de aguas en la comarca de *Gotta* (de 10 de septiembre de 2009, C 206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera. "Los riesgos del riesgo de explotación", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

67. Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (*vid.* X. Lazo Vitoria, "El futuro del mercado concesional en Europa", ob. cit., p. 154; y L. Miguez Macho, "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", en Fernández Acevedo, R. y Valcárcel Fernández, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185). A este respecto, sostiene la JCCA del Estado que: "el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando este haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto período o en relación a determinadas circunstancias" (Informe 69/09, de 23 de julio de 2010).

68. Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. Villar Rojas en su trabajo: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *RAP*, 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales: "En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada" (p. 172).

garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos[69]. En todo caso, sin riesgo operacional no hay concesión (como acaba de recordar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos). Estaríamos, en palabras de G. Marcou, ante supuesto de deuda pública disfrazada[70].

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el "nuevo" concepto de riesgo operacional, y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones[71]. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto, ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias –más bien, al revés– al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras), que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión.

En la práctica esto comporta no solo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público, sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto[72]. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión or-

69. "Situación desalentadora" es, como califica M. Á. Bernal Blay, las consecuencias de la severidad en su exigencia (*El contrato de concesión de obras públicas*…, ob. cit., pág. 272).

70. G. Marcou, "La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos", en AA. VV., *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España: elementos comparativos para un debate*, Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, 2000, p. 57.

71. Sobre esta cuestión resulta de Interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 11/2011, de 30 de septiembre, 13/2015, relativo a "Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús".

72. Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional, y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las directivas: "En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación

ganizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las directivas.

Esta delimitación de conceptos es importante, pues no pueden confundirse la figura del contrato de gestión de servicios públicos y sus modalidades con los contratos de servicios. Y ello porque, además de consecuencias de régimen jurídico, se producen evidentes efectos desde la perspectiva de cómo se computan estas operaciones en la contabilidad europea[73].

El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ha optado por incorporar la definición del contrato servicios conforme al derecho de la Unión Europea. Así, se incluye la concesión de servicios, que se caracteriza (como la concesión de obras públicas) por la existencia de riesgo. Lo que supone que ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y que se

del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión." Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que: "En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de esta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico".

73. Hay que evitar, en palabras de J. González García (*Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 27), "la huida de la consolidación contable", que tan perniciosas consecuencias prácticas ha tenido en nuestro país. Especialmente ilustrativo para analizar este aspecto es el trabajo de R. Martínez Manzanedo, "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45, 2006, pp. 187-197. Como bien destaca –p. 196–, la aplicación práctica de la metodología europea requiere un análisis individualizado de cada contrato, previo a su inicio para clasificar los distintos activos. Ello exige un detallado análisis de pliegos de condiciones y de prescripciones técnicas para delimitar la aplicación del SEC 95, con estudios específicos sobre la incidencia de las decisiones fijadas sobre beneficios de los socios, así como estudios de demanda y los que valoren la transferencia de riesgos. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. Magide Herrero, "Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa", en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual "específicamente español", y quizá por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. Hernando Rydings, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico (*La colaboración público privada…*, ob. cit., pp. 534-541). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. Macho Pérez y E. Marco Peñas, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 437-474.

eliminan (mejor, se transforman) las figuras del concierto y de la gestión interesada[74]. Se prevé que exista un régimen especial para los servicios dirigidos a ciudadanos: educativos, sociales, sanitarios, ya desvinculado de la idea formal del contrato de gestión de servicios públicos, pero preservando las notas de regularidad, continuidad, calidad y neutralidad en la prestación de estos servicios esenciales.

Esta opción ha sido cuestionada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1281/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en tanto considera que no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general[75]. Sin embargo, en la práctica no hay una desmaterialización de la idea del servicio público, sino un ajuste técnico de categorías conceptuales. Una actividad calificada como servicio público podrá ser prestada con transferencia de riesgos (concesión) o como contrato de servicios, sin que deba existir diferencia en el régimen de prestación al ciudadano ni en la utilización de prerrogativas[76].

5
Las limitaciones derivadas del derecho europeo de la contratación pública a la posibilidad de "remunicipalizar" los servicios. La desaparición de la posibilidad del rescate como una prerrogativa

Analizados los aspectos prácticos de una eventual "reasunción" de servicios por una entidad local –y utilizando los conceptos europeos de la contratación

74. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo: "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho 'pretoriano'. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

75. En este punto el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por J. L. Martínez-Alonso Camps en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo: "Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. Hernández González propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos ("La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57).

76. Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre "Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios".

pública–, procede examinar en qué medida la normativa europea puede condicionar esta posibilidad de "remunicipalización" de contratos existentes.

5.1
La equivalencia de prestaciones en las fórmulas de colaboración público-privada: plazos y protección de las inversiones a efectuar

Las concesiones y fórmulas paraconcesionales que permiten la "gestión indirecta de servicios públicos" se caracterizan por la transferencia de riesgos, y van muy vinculadas a planificaciones financieras de alta intensidad y complejidad. Por ello, estas concesiones exigen unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes, que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero), que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico, y dé las garantías o certezas suficientes sobre cumplimiento en sus propios términos de lo pactado.

En este marco de preservar la seguridad jurídica y favorecer inversiones del sector privado, el plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE– puede implicar una retribución indebida (en más). Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que "la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos" (artículo 18). Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: "La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario

pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional".

Los plazos son, lógicamente, importantes, y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los "riesgos" se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

Junto a ello, la legislación nacional, como elemento claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, ha venido admitiendo como garantía la idea de "equivalencia" de lo pactado. Así, junto a la técnica de reequilibrio económico, la normativa española (ahora también la europea) prevé la denominada responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), cuando "fracasa" anticipadamente la concesión, que se comporta como un elemento de seguridad importante, que funciona como "efecto llamada en los inversionistas" al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión[77]. La RPA se configura, así, como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos (lo que no justifica que pueda ser regulada o configurada de modo absoluto, pues se diluiría el elemento del riesgo operacional y podría ocultar una ayuda de Estado ilegal)[78].

77. J. L. Villar Ezcurra, "El principio de riesgo y ventura", en R. Gómez-Ferrer Morant (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

78. Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) n.º 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación con el cómputo del déficit de las operaciones de APP se indica lo siguiente:

Propiedad económica y asignación del activo

20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué

Si fuera resolución imputable a la Administración –como es el caso de una decisión de "remunicipalización"–, la RPA desplegará, de conformidad con la normativa vigente, sus efectos ordinarios:

Por un lado, "la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por este, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares". Por otra parte, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, y de la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, habida cuenta de su grado de amortización.

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del prin-

---

unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes:

a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros.

b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato.

c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada.

d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las Administraciones Públicas tienen opción a adquirir los activos.

e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador.

Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista, parecen aconsejar una "limitación" de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. Macho Pérez y E. Marco Peñas, "El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT", *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 437-474.

cipio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur* (junto a la técnica del equilibrio financiero del contrato para preservar el cumplimiento en condiciones de equivalencia) y para supuestos de resolución, la RPA. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico[79]. Así, si se rescata una concesión, deberá indemnizarse conforme al sistema de RPA que se contiene en el actual TRLCSP.

5.2
El rescate de la concesión como opción expropiatoria y no como prerrogativa del contrato administrativo

Como es sabido, el artículo 221 del TRLCSP (con regulación casi idéntica a la de sus precedentes legislativos) se refiere a la extinción de los contratos en general, lo que acontece, como es sabido, por cumplimiento o resolución. El artículo 223 TRLCSP, relativo a las causas de resolución, no contempla entre ellas el rescate. Esta figura solo se recoge en el TRLCSP como forma específica de resolución de dos tipos de contratos: el contrato de concesión de obras públicas (artículo 269) y el contrato de gestión de los servicios públicos (artículo 286), y encuentra su precedente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955.

El rescate es una de las causas de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos a la que podrá acudir la Administración Pública, cuando concurran razones de interés público y para gestionar directamente el servicio[80]. Son notas características del rescate en nuestra legislación las siguientes: a) es una forma de terminación de ciertos contratos y concesiones; b) es una forma de terminación anormal, frente a la forma normal de extinción

79. Y es que, como bien indicará el *Conseil d'Etat* francés, "Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión" (*Arrêt Compagnie générale française des tramways*, de 21 de marzo de 1910).

80. Sobre las formas de extinción de la concesión de servicios públicos sigue siendo obra de referencia la monografía de J. Mestre Delgado, *La extinción de la concesión de servicio publico*, La Ley, Madrid, 1992. En concreto, para la posibilidad del rescate –y sus requisitos–, pp. 262-270.

de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo; c) es una forma de terminación anticipada, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización; d) no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario; y e) su fundamento último es la protección del interés público que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que solo el interés público puede legitimar el rescate.

La potestad de rescatar un servicio público local es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar –y justificar– el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión[81]. Lo que no sucede, como bien advirtiera J. Mestre Delgado, cuando los motivos que se invocan son exclusivamente económicos y, en particular, en los de subrogarse en una explotación lucrativa[82].

La extinción de la relación concesional exigirá, en tanto privación de un derecho, el abono al concesionario de la previa indemnización, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, y donde la duración de la relación concesional operará como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente, ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales, por lo que la indemnización deberá cubrir:

a) El valor de las obras por el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización).
b) La pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que restan para completar el plazo de concesión (compensación industrial)[83].

Por supuesto, siempre dentro del necesario procedimiento de rescate –donde se concretarán motivos y justificación de la decisión–, cuya regulación es tan escasa que solo pueden encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la regulación general

81. No puede ser, en todo caso, una potestad ilimitada equivalente a un revocación por oportunidad o conveniencia del interés público (opción que sí considera posible S. González Varas, "Rescate de concesiones", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 2013, p. 124).
82. J. Mestre Delgado, *La extinción de la concesión*…, ob. cit., p. 269.
83. Y para ello habrá que estar, necesariamente, a las reglas de responsabilidad patrimonial administrativa que existe en el TRLCSP para las concesiones de obras públicas.

del procedimiento administrativo contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate debería valorar, además de un mejor cumplimiento de la prestación, los costes económicos derivados de tal operación en los conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio (y también, como se ha explicado ya, los presupuestarios, desde la lógica de la contabilidad nacional y de estabilidad exigidas por la nueva normativa local). Y en este punto la discrecionalidad –que no oportunidad, insistimos– exige, como ya advirtiera hace tiempo Mestre Delgado, una detallada justificación. Los contratos de concesión de servicios públicos suelen ser contratos complejos y de larga duración, en los que los costes indemnizatorios se presumen muy importantes (y pueden conllevar problemas de "reputación" de la empresa, que no pueden ser minusvalorados). Además, las consecuencias jurídico-laborales de una extinción anticipada –con obligación de subrogación del personal– pueden hacer inviable financieramente tal operación. Por ello, el Gobierno local, valorando los distintos aspectos jurídicos y económicos, es quien deberá decidir si procede ese rescate y la consecuente explotación directa del servicio, o si, por el contrario, ante las deficiencias de ejecución, prefiere mejorar la relación jurídica prestacional de otra forma.

El rescate es, por tanto, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basada en una causa de interés público (Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 604/2011, de 2 de noviembre de 2011). Llevando, por otra parte, aparejadas dos consecuencias: la necesaria gestión directa del servicio por el ayuntamiento, y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo[84]. En definitiva, no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario[85]. Y un rescate, como "expropiación" del título habilitante, exige siempre compensación económica.

84. Por supuesto, esta decisión requeriría que se inicie un procedimiento de municipalización. En esa línea de exigencia la jurisprudencia ha declarado la nulidad de los expedientes de contratación que no han ido precedidos de la tramitación del expediente de municipalización, lo que exige su debate en el pleno (sentencias del TS de 21 de diciembre de 2000, 1 de febrero de 2002 y 12 de julio de 2005; STSJ de Castilla y León de 5 de junio de 2001; STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002; STSJ del País Vasco de 26 de diciembre de 2003; STSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007).

85. Como bien ha advertido D. Blanquer Criado, el rescate no es ni puede ser utilizado como expropiación-sanción. *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1377.

Esta opción del rescate, entendida como una prerrogativa administrativa, en mi opinión, queda condicionada (si no eliminada, tal y como se viene entendiendo) por la nueva regulación sobre resolución que se contiene en la Directiva 2014/23, de concesiones. Es cierto que la normativa europea admite la gestión directa de servicios. Y que esta reasunción puede realizarse extinguido el plazo de explotación de la concesión (es, en definitiva, una decisión organizativa, competencia de los Estados).

Pero si se opta por "recuperar" la gestión de una concesión, deberá respetarse tanto en adjudicación como en ejecución la regulación europea, pues sus principios se extienden a todas las fases de ejecución del contrato (de la concesión, en nuestro caso), que incluye la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23). Y allí existe un límite –nuevo– que será un elemento de control y que condiciona la figura del rescate como prerrogativa exorbitante.

En concreto, interesa destacar la previsión del artículo 44 de la referida Directiva de concesiones:

> *Artículo 44. Resolución de concesiones*
>
> *Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:*
>
> *a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;*
>
> *b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;*
>
> *c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los tratados o la presente Directiva.*

De este precepto, en tanto establece un listado cerrado, se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador[86].

86. *Vid.* J. M.ª Gimeno Feliu, "Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016,

Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y no debe sorprender, pues en el derecho de la contratación pública la doctrina del TJUE no ha admitido como justificación tal interés público para validar la corrección de la potestad del *ius variandi*[87]. Sirve de ejemplo la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11), que enjuicia un recurso del Reino de España, que recuerda que, "si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados". Es decir, que no existe una prerrogativa unilateral en la ejecución de contratos. Es más, se exigen dos requisitos muy importantes: a) que las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta; y b) que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10). Estos límites resultan de directa aplicación a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes.

Esta regulación europea ha desplazado desde el 19 de abril de 2016 a la legislación nacional, al ser una cuestión que despliega efecto directo, en tanto clara, precisa e incondicionada[88]. Y así lo han considerado también el

pp. 50-71. Opinión que comparte el profesor J. Tornos Mas, en "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 49.

87. Sobre el régimen de la modificación contractual y su fundamento pueden consultarse, por todos, J. Vázquez Matilla, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, y el estudio de I. Gallego Córcoles, "La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública", en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167.

88. Este efecto directo, utilidad o invocabilidad directa ante los tribunales del derecho comunitario europeo, supone que las normas comunitarias deben desplegar efectos de modo uniforme en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor y durante toda su vigencia. En consecuencia, se trata de hacer efectivos los derechos y las obligaciones que estas normas generan para los particulares, de tal forma que puedan invocarse ante las

Documento de trabajo de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de 1 de marzo de 2016, sobre *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, y la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2016). Por ello, es una previsión de obligada aplicación por los operadores jurídicos, en tanto, en palabras de R. Alonso García, es necesaria una interpretación de la norma nacional conforme al derecho europeo[89]. Y, como norma de obligado cumplimiento, será parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa[90].

autoridades públicas, administrativas o judiciales, las cuales vendrán obligadas a salvaguardar esos derechos y esas obligaciones. Este efecto directo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, en la que declara que el derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. En las sentencias de los asuntos *Ratti* (5 de abril de 1979) y *Ursula Becker* (19 de enero de 1982) se sistematiza esta doctrina, que podemos sintetizar en los siguientes requisitos: a) que el Estado miembro haya incumplido su deber de transposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, bien porque la haya dictado pero su contenido no respete el mandato de la Directiva; b) que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado; c) que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos (efecto directo vertical ascendente). Es decir, se ha reconocido el efecto directo vertical pero no el inverso, esto es, la Directiva no puede generar obligaciones para los particulares, de modo que el Estado no puede exigir las obligaciones que se derivan de la norma a los particulares. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo: "El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español", Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR núm. 30 (2016), Cátedra Jean Monnet-prof. Ricardo Alonso García. Con la colaboración del proyecto Erasmus+ y del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. La Revista *Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016, es un número especial que contiene interesantes colaboraciones sobre el efecto directo de las directivas de contratación pública.

89. Ricardo Alonso García, "La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico", *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410.

90. La STJUE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. *Vid.*, por todos, J. M. Trayter, "El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación", *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. Así se deriva, como recuerda el profesor S. Muñoz Machado, de los imperativos propios del derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo ("La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos", *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 7, 1991, págs. 9-38).

El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad[91].

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada –en tanto cuestión contractual– por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016 se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución)[92]. Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial–, el tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado)[93].

91. Tesis ya defendida (como recuerda F. Albi en *Tratado…*, ob. cit., p. 660) por G. Jeze, quien consideraba que existe una relación muy estrecha entre el rescate de una concesión y una expropiación forzosa por causa de utilidad pública. También J. Mestre Delgado identifica el rescate con una medida típicamente expropiatoria, en *La extinción…*, ob. cit., p. 291; y J. Ponce, en "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit, pp. 76-77.

92. La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011), ha admitido la directa aplicación de normas procesales en materia de contratación pública. Para ello parte de la necesaria distinción entre normas sustantivas y procesales, y afirma que la disposición transitoria de la Ley 15/2010 solo se refiere a las normas sustantivas ("falta en la Ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional").

93. Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia del TJUE: sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 111/63.

6
Epílogo conclusivo

Procede, a modo de epílogo, presentar una serie de reflexiones conclusivas sobre los condicionantes y las posibilidades de la remunicipalización de servicios públicos locales.

Una idea previa es que la regulación de la actividad económica en España y Europa, en el contexto de una economía social de mercado, es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público y del derecho a una buena administración. Por otra parte, en tanto en los procesos de municipalización se limita la regla de la competencia, se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades previstas en el artículo 86.2 LRBRL[94].

94. Como ha recordado J. L. Martínez-Alonso Camps ("El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos", ob. cit., p. 607), entre los criterios a considerar en la resolución de la opción entre gestión directa e indirecta, hay que consignar el muy relevante de la competencia, tal y como ha recordado la Comisión Nacional de la Competencia (Informe 13-3-2013, IPN 88/13). En este Informe, dictado con ocasión de la tramitación de la LRSAL, la Comisión Nacional de la Competencia afirmaba: "Cuando la titularidad de la prestación esté reservada a las entidades locales, estas deben decidir, de acuerdo con el artículo 82 LRBRL, si prestar el servicio directamente o mediante gestión indirecta. La CNC estima que el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar *ex ante* determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales). Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes. Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador. El APL debería favorecer también la competencia 'en el mercado', estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, esta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local".

En el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 denominado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia*, se establecen las pautas para la elaboración de las memorias de competencia, mediante un análisis en tres pasos en el que se evaluará: (i) si la medida introduce algún tipo de restricción a la competencia; (ii) su necesidad y proporcionalidad, donde se evalúa si la restricción es imprescindible para los objetivos que se pretenden, y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce; y por último (iii) la mínima restricción, consistente en justificar por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado[95]. En ese contexto, como ha indicado J. Ponce, la apelación a la mera ideología para gestionar de un modo u otro (de forma directa o indirecta) un servicio público, no es ya suficiente en el siglo XXI, frente al derecho y las obligaciones que este incorpora de buena administración. El derecho no es indiferente ni a la remunicipalización ni a la privatización. Ello no significa que no puedan adoptarse ambas decisiones, ni que el derecho sea una carrera de obstáculos (también ideológicos) en uno u otro sentido[96].

La municipalización es una potestad excepcional (*ex* artículo 128.2 CE) vinculada a la reserva (publificación) del servicio, que se podrá prestar en régimen de monopolio o mediante gestión indirecta. La declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad, sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local. En consecuencia, solo pueden "remu-

95. Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos en el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía n.º I 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio. Para la Agencia de Defensa de la Competencia, la falta de argumentos sobre los beneficios de la reserva de actividad mediante monopolio impidió a la Agencia pronunciarse sobre la misma [http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe_I_02-10_VEJER_2.pdf (último acceso: noviembre de 2014)]. Decisión y motivación que podrán ser recurridas tanto por el Estado como por la CNMC, a tenor de lo previsto en el artículo 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a cuyo tenor: "en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados".

96. J. Ponce, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit., p. 101.

nicipalizarse" aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LRBRL) que se gestionan de forma indirecta. Esta opción, técnicamente, no es una "remunicipalización", puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades efectivamente "despublificadas" (como servicios funerarios, o lonjas, por ejemplo) y en régimen de competencia, necesitarán de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Por otra parte, si la actividad no es un contrato de servicios públicos, sino que su objeto es típico de una relación de servicios, obviamente, tampoco podrá hablarse de remunicipalización, sino de no "externalización" o "internalización" de esos servicios, y de su asunción (si es necesaria su prestación), como competencia propia, por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para "falsear" la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrá utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios).

La opción de remunicipalizar encuentra importantes condicionantes en el derecho europeo (en especial, de contratación pública) que no se pueden desconocer. El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública contiene una "novedosa" Directiva de "concesiones", que supone una evidente ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales, así como una necesaria depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos. Con esta norma se pretende incrementar la seguridad jurídica, ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones, y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación. En este marco de preservar la seguridad jurídica y favorecer inversiones del sector privado, y claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, juega un importante papel el cumplimiento de los plazos y de las condiciones contractuales, así como la técnica frente a extinciones anticipadas no causadas por el concesionario, de la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), que se comporta como un elemento de seguridad importante, que funciona como "efecto llamada en los inversionistas", al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto, pues se diluiría el elemento del riesgo operacional.

No puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la "visión" de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece

una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociados al mismo (cdo. 3 de la Directiva 2014/23). La colaboración público-privada se refiere, en general, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Los fundamentos de este impulso por parte de las instituciones comunitarias a la colaboración público-privada se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa; b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada, al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y las metodologías del sector privado, y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios, actuando como regulador.

Las directivas de contratación pública no imponen un modelo de privatización de los servicios públicos. Es posible la gestión directa de servicios. La reasunción de la gestión del servicio puede realizarse extinguido el plazo de explotación de la "concesión" (es, en definitiva, una decisión organizativa, competencia de los Estados). Pero si se opta por una concesión, debe advertirse que los contratos que se celebren se encuentran ahora sometidos plenamente a una regulación europea, cuyos principios se extienden a todas las fases de ejecución del contrato (de la concesión, en nuestro caso), que incluyen la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23). Y allí existe un límite relativo a la resolución del contrato que será un elemento de control (artículo 44). De este precepto se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y ello porque la relación jurídica concesional no puede interpretarse desde la lógica de la prerrogativa del interés público. La potestad de resolver anticipadamente, al igual que sucede con el *ius variandi*, queda constreñida al respeto de ciertas reglas, y se escapa de la posibilidad de resolver anticipadamente por motivos de oportunidad o discrecionales del contrato.

En este contexto de "equilibrio relacional" en las concesiones, la posibilidad de rescate, como opción discrecional de carácter unilateral inherente al contrato que previene la ley nacional, puede ser "desplazada" (o ya lo está, pues es una norma que despliega ya efectos interpretativos) por la Directiva de concesiones de 2014. Cumplido el plazo de transposición de las disposiciones de la Directiva de concesiones (junto con la Directiva de contratación pública), el 18 de abril de 2016, estas Directivas tienen efecto directo en aquellos aspectos en que la regulación sea clara, precisa e incondicionada.

Y la resolución de concesiones es un claro ejemplo, que limita la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado).

La decisión de rescatar podrá ser controlada por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, y el efecto directo de las directivas de contratación pública, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones. Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución). Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial–, el tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

En todo caso, la decisión de remunicipalizar, como bien advierte J. Ponce, no supone en ningún caso un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa, discrecional pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público[97]. La posibilidad de rescatar una concesión debe resituarse no ya como una prerrogativa inherente al contrato administrativo, sino desde la lógica del ejercicio de una potestad expropiatoria, y no ya de un poder contractual. Así, solo cuando se cumplan los requisitos de la normativa expropiatoria, y siempre previo pago de indemnización completa, podrá recuperarse anticipadamente la gestión directa de un servicio (que deberá cumplir las reglas de vinculación a la causa, pues de lo contrario entrará en funcionamiento el instituto de la reversión expropiatoria). Indemnización que deberá incluir los

97. J. Ponce, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", ob. cit., p. 80. Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio.

Por supuesto, en la decisión de reasumir la gestión directa en la prestación del servicio, en tanto *causa expropiandi*, deberán motivarse las ventajas sociales y económicas de la misma, pues es una "solución" muy singular que puede ir en contra del principio de confianza legítima, por una parte, pero por otra, y más importante, del principio de eficiencia y del de estabilidad presupuestaria, y no lo será nunca el fin de "estabilizar" a la plantilla laboral de esas empresas, pues tal objetivo resulta ajeno a la eficiencia como causa válida de la operación de "reasunción" de la gestión. Si lo que se pretende es una nueva "moral pública" para evitar la "precarización de condiciones laborales" en las concesiones, o evitar falta de información de costes, la mejor opción es la "reformulación" jurídica de la relación concesional (por ejemplo, forma de pago de las facturas, supuestos de reequilibrio, exigencias de estabilidad de plantilla o de un mínimo de retribución, prerrogativas de inspección, o inclusión de penalidades, entre otras).

Finalmente, la técnica de remunicipalización tiene otros importantes límites derivados del derecho europeo. Un principio clave en el derecho europeo, que condiciona en gran medida cualquier decisión económica de una Administración Pública, es el estabilidad presupuestaria (la idea de estabilidad presupuestaria ha estado ligada, pues, desde el origen, a la moneda única y a un sistema monetario europeo estructuralmente inestable). Regla que se ha consagrado en el artículo 135 CE y que presenta una vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente. Así, el escenario de gestión privada de actividades de titularidad pública (lo será siempre mediante regulación contractual) no resulta ya, desde la mera opción de decisión política, fácilmente reversible, pues la pertenencia del Estado español a la Unión Europea tiene importantes repercusiones en el concreto diseño y reconfiguración de los contornos y principios de la intervención pública en la economía, en cuanto supone una unificación (o al menos armonización) supranacional de los escenarios y las técnicas de intervención administrativa. Desde la lógica de estos principios, los procesos de rescate presentan importantes problemas de encaje con las previsiones legales de disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones locales.

En definitiva, la remunicipalización exige, más allá de las personales posiciones ideológicas, una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración.

Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal

Joan Mauri Majós
Profesor titular (EU) de Derecho Administrativo.
Universidad de Barcelona

1. Introducción
2. Recuperación del servicio y sucesión de actividades
3. Las distintas formas de imposición de la sucesión de actividades
4. Los efectos y las dificultades de la sucesión de actividades

Resumen

En el actual contexto económico y político, se detecta en las Administraciones locales una tendencia a la recuperación de los servicios públicos previamente externalizados, que tiene como condicionante esencial la situación del personal de sus distintas unidades gestoras. Sobre esta realidad vienen a incidir una serie de normas administrativas y laborales que resultan de difícil armonización.

Palabras clave: *servicio público; sucesión de empresa; oferta de empleo público; igualdad y mérito*.

The impact of remunicipalization on public employment affairs

Abstract

In the current economic and political context, local entities tend to recover public services previously externalized with the situation of the employees of the different management unities as a key issue to address.

Artículo recibido el 16/01/2017; aceptado el 19/01/2017.

In relation to this reality, several administrative and labour laws clash and their harmonization is not easy.

Keywords: public service; company succession; public employment offer; equality and merit.

1
Introducción

Remunicipalizar un servicio público no significa otra cosa que modificar su modo de gestión, es decir, adoptar un modo de gestión directo que sustituya el modo de gestión indirecto instrumentado a través de las distintas formas previstas por la legislación que regula los contratos públicos[1]. La decisión que al respecto pueda tomarse ha de encuadrarse dentro de la libertad de elección de las formas de gestión, que resulta ser una expresión de la potestad de organización propia de la autonomía local. Una medida que no es enteramente libre, ya que ha de estar encuadrada por los principios de sostenibilidad y eficiencia, y fundamentarse en opciones racionales orientadas por la persecución del interés general y el principio de proporcionalidad, en base a una estricta consideración de que la resolución tomada se acaba fundamentando en que son más los beneficios que reporta que los costes que pueda ocasionar[2].

En todo caso, se asume aquí que el cambio en los modos de gestión puede derivar legítimamente de un planteamiento político dotado de un fuerte valor simbólico, al ser una expresión de la continua búsqueda de la mejor manera de gobernar[3], por lo que conviene aceptar como premisa previa en esta materia una cierta lógica de reversibilidad entre los distintos modos de gestión que ha de ser bien entendida, no como posibilidad de una sucesión de múltiples y rápidos cambios entre las diferentes formas de gestión, lo que podría comprometer la continuidad del servicio y la

1. Tornos Mas, Joaquín, "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 34-35.
2. Ponce Solé, Juli, "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), n.º 40, febrero de 2016, pp. 84-92.
3. Tal como se advierte en Echebarría, Koldo, "Els dilemes del disseny organitzatiu en la gestió pública", en Longo, Francisco e Ysa, Tamyko (eds.), *Els escenaris de la gestió pública del segle XXI*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2007, pp. 75-76.

misma seguridad jurídica, sino sobre todo como expresión de una posibilidad cierta para las entidades locales de conservar y ejercer de manera fundamentada su libertad para elegir la modalidad gestora que, al entender de sus órganos de gobierno, pueda favorecer más a los intereses de los ciudadanos.

Desde esta perspectiva puede redefinirse el papel de los expertos y las técnicas de gestión en la materia, cuya función reside en neutralizar los efectos nocivos del cambio, y de forma más modesta, en acompañar las transiciones para que la modificación de los modos de prestación de un servicio, en un sentido u otro, pueda operar de la manera más equilibrada y satisfactoria para todos los intereses en presencia[4].

Sin embargo, este trabajo no pretende centrarse en la decisión de remunicipalizar, sino en sus consecuencias sobre el personal. A este propósito, la posible situación del personal con ocasión de un cambio de modo de gestión de un servicio público resulta ser una cuestión importante y sensible para las entidades locales, las empresas de servicios y los propios empleados de unas y otras organizaciones. Una situación que no resulta fácil de definir desde una perspectiva jurídica, ya que sobre ella gravitan principios e instituciones de diferentes sectores del ordenamiento jurídico que pueden aparecer como contradictorios entre sí, pero que han de ser objeto de una aplicación coordinada de manera que pueda satisfacerse la función de los distintos instrumentos normativos y los intereses a los que sirven.

A consecuencia de esto resulta difícil establecer soluciones categóricas por la diversidad de normas que entran en juego y se entrecruzan, y porque además muchas de ellas son aplicadas de forma distinta en función de la cualidad y la posición del intérprete. Por lo demás, cada situación puede resultar única y debe hacerse de la misma un tratamiento particularizado y fundamentado en la colaboración de todos los implicados, esencialmente de la Administración, el concesionario y el contratista del servicio, los trabajadores y los empleados públicos, y las organizaciones sindicales que puedan asumir su representación, lo que debería prevenirnos sobre la precipitación y el unilateralismo, como obstáculos que evitar en toda política de recuperación de la gestión directa de un servicio público.

4. Le Chatelier, G. (dir.), *Rapport de l'Institut Gestion Déléguée. Situation des personnels et changement des modes de gestion d'un service public*, París, 2007.

2
Recuperación del servicio y sucesión de actividades

La asunción directa de servicios previamente externalizados, plantea la duda de si los trabajadores afectados por esa transferencia de actividad podrían aspirar a integrarse en las plantillas del organismo público que puede asumir la prestación, o se abre una vía para proceder a la recolocación interna o a los correspondientes despidos por parte de las empresas de servicios.

Lógicamente, ante la duda, muy posiblemente la pretensión de los trabajadores sea la de mantener sus contratos de trabajo y continuar o conseguir mejorar las condiciones de trabajo existentes hasta el momento. Lo que resulta evidente es que la cuestión de la pervivencia y continuidad de las relaciones de trabajo, previamente concertadas y vigentes, en el momento de producirse el correspondiente cambio del modelo de gestión no resulta segura, en ausencia de una solución expresa que pueda aplicarse directamente al supuesto que se contempla.

Partamos de la base de que la recuperación de un servicio por la finalización o recuperación de un contrato puede constituir un supuesto objetivo de una sucesión de empresas, desde el prisma estricto con el que se describe esta institución en el artículo 44 ET y en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE[5]. De hecho, el artículo 44 ET dispone en su primer párrafo que: "El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior", señalando su segundo párrafo que: "Se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

De estos textos normativos puede deducirse que existe sucesión de empresas cuando concurren los elementos siguientes:

a) Un elemento subjetivo que consiste en la sustitución de un empresario por otro por cualquier situación de hecho, acto o negocio

5. El artículo 1.a) de la Directiva comunitaria nos dirá que: "La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión". El TSJUE hace una lectura amplia de la expresión "cesión o fusión contractual", y entiende que se produce ante todo supuesto de cambio en la persona física o jurídica responsable de la prestación de un servicio, tal como se puede ver en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09.

jurídico, al margen de la forma jurídica de la transmisión. Aquí no cabe distinguir entre personas de naturaleza pública o privada. El artículo 1.c) de la Directiva citada, nos dice que será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. A continuación excluye de su ámbito de aplicación la reorganización administrativa de las autoridades públicas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. El precepto en cuestión se ha interpretado por la jurisprudencia entendiendo que no puede utilizarse para excluir del ámbito de aplicación de la norma comunitaria la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a una persona jurídica de derecho público, tal como puede verse en la STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, posición que se ha confirmado en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. Más precisamente, la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-43/09, ha afirmado que no puede excluirse que la Directiva se aplique en circunstancias en las que un ayuntamiento decide poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada, y hacerse cargo directamente de las actividades que había encargado a esta. En lo relativo a la excepción expuesta, la STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, nos dirá que la misma solo acaba excluyendo la cesión de competencias administrativas propias del ejercicio del poder público, es decir, las funciones reservadas a personal funcionario en los términos establecidos por el artículo 9.2 EBEP[6]. De la misma manera se advierte que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos, y no de un acuerdo de voluntades, no excluye de la aplicación de la Directiva, tal como se dice en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. El elemento clave de la cesión de empresa que implica la transmisión puede ser un acuerdo negociado

6. La doctrina laboral nos ha recordado que la excepción comunitaria no se ha transpuesto al ordenamiento interno, de forma que el artículo 44 ET puede resultar perfectamente aplicable a las reorganizaciones administrativas y al traspaso de funciones entre autoridades públicas, advirtiendo al efecto de lo establecido en el artículo 8 de la misma Directiva, donde se señala que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables para los trabajadores, tal como se dice en Valdés Dal-Ré, Fernando, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2001, p. 62. La STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010, ROJ: STSJ M 14646/2010, insistirá en esta cuestión, señalando que: "la Directiva 2001/23/CE lo que hace es fijar unos mínimos de garantía a favor de los trabajadores y tales mínimos pueden ser reforzados por los ordenamientos internos".

expreso o tácito, pero también un acto de la autoridad pública, como se subraya en la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02.

b) Un elemento objetivo de la transmisión que a tenor de la Directiva comunitaria y del derecho positivo es siempre: "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria". Por tanto, el factor decisivo para determinar la existencia de una situación de sucesión es que se transmita una entidad económica, y sobre todo es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad propia, que permita la continuación de la actividad aun después de la operación de que se trate. Desde una perspectiva orgánica ello requiere la cesión de un conjunto organizado de bienes materiales e inmateriales, que cuenten con una mínima autonomía funcional y organizativa con capacidad para desarrollar la misma actividad o una actividad análoga o equivalente. Sin embargo, a esta concepción fundada en una idea de la empresa como organización de medios, se le ha venido contraponiendo una posición articulada en torno a la idea de la empresa como actividad. Aparece así una perspectiva funcional que admite la sucesión de empresa sin transmisión de elementos materiales, y que acaba avalando la llamada sucesión de plantillas, es decir, la internalización de actividades con admisión de plantillas[7]. Con todo, lo cierto es que, hoy por hoy, se sigue estableciendo una clara distinción entre la mera continuación de la actividad, con una parte de la plantilla, y la transmisión de una entidad económica que conserva su identidad, lo que además de continuar con la actividad requiere el traspaso de una serie de elementos (personal, dirección, organización, método de explotación e instrumentos) que permitan entender que se ha transmitido una unidad con capacidad productiva. Lo que sí se ha reconocido es que en determinados sectores económicos que no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento, dado que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una entidad económica, cuando no existan otros factores de producción, siempre que el

7. Rojas Rivero, Gloria P., *La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial*, Asociación Canaria Iuslaboralista, Gran Canaria, 2016, obtenible en www.iuslaboralistas.com/?m=201610.

nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial de los trabajadores considerados "en términos de número y de competencias", tal como señala la STSJUE de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127, C-229/96 y C-74/97. Por tanto, aquí el elemento esencial es la asunción de una parte sustancial de trabajadores, en términos de número y cualidad subjetiva, es decir, la referencia se hace a un factor no meramente numérico, sino también cualitativo y, en especial, organizativo, es decir, a un grupo de trabajo organizado con conocimientos propios en un determinado servicio[8]. Cuestión distinta es que el planteamiento hecho pueda ser objeto de una doble conceptualización, de manera que acabe recubriendo la asunción de una parte importante de trabajadores en términos esencialmente cuantitativos, si la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra, o que la asunción se refiera a una parte esencial de los trabajadores en términos cualitativos, si la entidad puede funcionar sin elementos significativos del activo material, de modo que, si en un supuesto de sucesión se asumiera un número de trabajadores reducido, pero estos fueran los que controlaran los procesos clave de la actividad, debería entenderse que se está ante una entidad económica que mantiene su identidad. En todo caso, lo jurídicamente trascendente es que, independientemente del número de trabajadores asumido, se pueda seguir prestando el servicio o desarrollando la actividad. Por ello, lo importante es que se haya traspasado el grupo de trabajadores relevantes en términos de número y competencias para mantener la actividad desarrollada, y que este traspaso se haya producido de una forma pacífica, efectiva y real[9]. Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la empresa cedente y la ejercida por ejemplo por un ayuntamiento sean similares, o incluso iguales, no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una unidad económica. Sencillamente, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad ha de resultar también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone, tal

8. Tal como se explica en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, "Internalización de actividades sin 'sucesión' de plantillas", *Relaciones laborales*, 5, 2011, pp. 1-18.

9. Gómez Arbós, Juan, "La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET", *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 185, 2016, pp. 235-236.

como se afirma en la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09. A todo esto, la casuística es tan grande como abundante es la variedad de supuestos que nos proporciona la realidad cotidiana. De ahí que la jurisprudencia comunitaria advierta que para determinar si una transmisión tiene por objeto una entidad que mantiene su identidad hayan de tomarse en consideración todas las circunstancias que caracterizan a la operación, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, teniendo siempre en cuenta que estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no pueden por tanto apreciarse aisladamente, como se advierte en la STSJUE de 18 de marzo de 1986, C-24/85, la de 19 de mayo de 1992, C-29/91, la de 11 de marzo de 1997, C-13/95, la de 20 de noviembre de 2003, C-340/01, y la de 20 de enero de 2011, C-463/09. De esta jurisprudencia resulta que la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa varía en función de un gran número de parámetros, que solo podrán establecerse y ponderarse en función de las particularidades de cada transmisión que pueden afectar a una o varias categorías de los servicios que hayan de ser objeto de consideración, como se deduce de la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02[10].

10. Un serio intento de sistematización de la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET en cuanto al objeto de la transmisión se puede encontrar en la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, en torno a los puntos siguientes: 1) el objeto de la transmisión ha de ser "un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio"; 2) dicho objeto "no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial", reduciéndose, "en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia", "a su mínima expresión", en tanto en cuanto "la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra"; 3) de lo anterior se desprende que "un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción"; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa "si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra,

Aunque no faltan algunos pronunciamientos en los que se afirma que la contrata de un servicio no es una empresa ni una unidad productiva autónoma con autonomía funcional, sino un servicio carente de tales características, no operando, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, como se dice en la STS de 5 de febrero de 2013, RJ/2013/2114, lo cierto es que, tal como puede deducirse del contenido de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: STS 5397/2011, y de la STS 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012, nada obsta a que el objeto de determinados contratos del sector público pueda considerarse en sí mismo una entidad económica que mantiene una identidad propia, cuando por su propia naturaleza ostentan autonomía funcional suficiente para constituirse en unidades productivas susceptibles de explotación diferenciada[11]. Todo ello sin que las normas sobre contratación pública, más concretamente el artículo 301.4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), que prohíbe la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público contratante, puedan impedir la aplicación de las normas laborales que regulan la sucesión de empresa[12].

sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número importante de trabajadores del anterior"; 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida "continúe efectivamente", o que luego "se reanude".

11. La STS de 14 de febrero de 2011, ROJ: STS 1008/2011, se refiere a la transmisión de unidades productivas autónomas que asumen actividades segregadas pero que tienen su propio organigrama, su propia dirección y estructura organizativa. La STSJ de Madrid de 2 de abril de 2014, ROJ: STSJ M 4233/2014, advertirá que la unidad productiva es una noción objetiva que, en el contexto del art. 44 ET, se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Precisamente esta noción objetiva de la unidad productiva permite señalar la materialidad de unas segregaciones que se corresponden con las correlativas actividades exteriorizadas, dotadas de la correspondiente independencia organizativa y funcional, constituyendo en su resultado un conjunto en cada caso de medios organizados, a modo de explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado.

12. La STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, señala: "En cuanto a la posible obligación, impuesta por el derecho nacional, de resolver los contratos de trabajo de derecho privado en caso de transmisión de una actividad a una persona jurídica de derecho público, es preciso observar que semejante obligación constituye, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 77/187, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo derivada directamente de la transmisión, de modo que, en tal caso, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario". La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de julio de 2016, ROJ: STSJ CL 3980/2016, considera que la aplicación de la Directiva comunitaria sobre transmisiones de empresas al Ministerio de Defensa, no conculcaría el art. 301.4 TRLCSP, pues la obligación de subrogarse en las

De hecho, dejando al margen los importantes virajes y las oscilaciones padecidas a través de numerosas resoluciones judiciales sobre la consideración de los servicios objeto de contratación como unidades productivas autónomas a efectos de subrogación[13], la doctrina judicial aplicable cuando la Administración decide asumir directamente la gestión de un servicio que previamente ha sido objeto de un contrato público se podría sintetizar de la forma siguiente:

a) Como regla general, la operación de extinción del contrato y posterior asunción con trabajadores propios de la actividad previamente descentralizada no constituye por sí misma un supuesto de subrogación empresarial, lo que implica que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerase despidos por la empresa contratista, sin que pueda derivarse responsabilidad alguna para la Administración considerada a todos los efectos como empresa principal.

b) No es menos cierto que este criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas decide asumir aquella y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresas encuadrable jurídicamente en el artículo 44 ET y en las directivas comunitarias de las cuales resulta ser una transposición.

c) Tampoco resulta atendible el criterio general cuando la transmisión se refiera a una entidad económica que mantenga su identidad después del traspaso, entendiendo por tal un conjunto de medios organizados, con la finalidad de desarrollar una actividad económica, ya sea esencial o accesoria, o un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

d) Con todo, se reconoce explícitamente la necesidad de analizar cada caso concreto para determinar la existencia o no de una transmisión

relaciones laborales no implicaría su consolidación como personal del Ministerio de Defensa, pues ello no supondría que adquiriera fijeza su plantilla de personal.

13. Un análisis detallado de la misma se puede obtener de la lectura de Fernández Fernández, Roberto, *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pp. 81-98. Una buena síntesis de la doctrina existente en la materia, en Alfonso Mellado, Carlos 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.º 73, 2016, pp. 36-38.

> de empresa, en base a la consideración de todas las circunstancias de hecho características de la operación planteada, entre las cuales figuran, a tono con la doctrina del Tribunal europeo, el tipo de empresa o de unidad productiva de que se trata, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de una mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela o los usuarios del servicio, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de la actividad[14].

Lo que sí queda claro es que la mera cesión de la actividad no es una sucesión de empresa, es decir, la circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo gestor sean similares no es suficiente para afirmar la transmisión de una entidad económica. Sencillamente, una entidad no puede reducirse a la actividad que es objeto del traspaso[15]. Por tanto, la mera asunción por un ayuntamiento de una actividad que antes se hacía a través de un contrato por una empresa privada, sin que exista constancia de que se haya producido una transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida la de haber asumido algunos trabajadores que habían prestado servicio para la anterior empresa concesionaria, no puede ser considerada un supuesto en el que concurran los elementos propios que configuran la aplicación del artículo 44 ET[16].

En cualquier caso, la aplicación del artículo 44 ET demanda como mínimo la existencia de la transmisión de una actividad, lo que no se produce si se ordena previamente el cese de dicha actividad o la supresión del servicio[17]. En los supuestos a los que nos estamos refiriendo, para que puedan entrar en juego las previsiones subrogatorias establecidas en la legislación

14. Extractamos dicha doctrina de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: 5397/2011, de la STS de 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012, y de la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, referida esta última a un supuesto dado entre contratistas privados, pero que contiene una doctrina que se extiende a la sucesión de contratas y concesiones.
15. STS de 29 de mayo de 2008, ROJ: STS 4495/2008.
16. STS de 11 de julio de 2011, ROJ: STS 5449/2011.
17. Tal como se dice en Martínez-Alonso Camps, José Luis, "Procesos de extinción, separación y reestructuración de las personificaciones instrumentales locales en un contexto de crisis económica. Especial referencia al caso de Cataluña", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Madrid, 2012, pp. 211-212, los procesos de decisión derivados de la extinción de los diferentes modos y formas de gestión de los servicios públicos locales plantean siempre diferentes alternativas, entre las que no resulta menor la extinción total o parcial de la actividad por la Administración titular o su continuación, sobre la base de la previsión general o parcial de sucesión.

laboral, ha de existir la previsión de un ente que se haga cargo de las actividades que se venían desarrollando hasta el momento. De hecho, sin efectiva asunción de funciones y sin previsión de asumirlas no puede producirse el hecho de la sucesión de una empresa ni la subrogación de personal alguno. En principio, el cese de una actividad o la supresión de un servicio prestado por una entidad empresarial, sociedad pública o privada, no presupone un presupuesto objetivo en el que pueda darse una situación sucesoria, aunque se siga manteniendo alguna función residual que se atienda con personal propio, y aunque la Administración matriz asuma el global del activo y pasivo de una empresa pública dependiente de la misma que se liquida[18]. La supresión de funciones carentes de actividad y sin previsión de la misma, no existiendo organismo o empresa que vaya a desempeñar los servicios que se venían desarrollando, no impone el deber de mantener unas formas de gestión que no se consideran eficaces o sostenibles[19].

Sin embargo, la cuestión se matiza e invierte en otros pronunciamientos donde se afirma la existencia de sucesión empresarial por reversión o rescate de la actividad, en el marco de aplicación del artículo 44 ET, cuando se recuperan los bienes que constituyen el sustrato objetivo de aquella actividad, aun en el caso de que no se continúe con el servicio y se acuerde su extinción. Aquí lo esencial es la existencia de una transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa. Dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o lo asuma directamente la propia Administración, incluso cuando se acuerde por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo. Por tanto, lo decisivo para que exista subrogación no puede estar en que el titular continúe el servicio o la actividad objeto de concesión administrativa, cosa

18. STS de 22 de julio de 2015, ROJ: STS 4365/2015.

19. Al respecto, las SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, y de 3 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ AND 12946/2015; también las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6134, y de 22 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6399/2015. En la misma dirección, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 19 de junio de 2013, ROJ: STSJ CL 2811/2013. La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 19 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4124/2014, contempla un supuesto peculiar, al sustituir la prestación de un servicio contratado con una cooperativa de ayuda domiciliaria por una prestación económica social municipal, otorgando la posibilidad a los particulares de contratar, directa e individualmente, su atención domiciliaria, lo que a todos los efectos resulta difícil de encajar en el esquema de la sucesión empresarial.

que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo[20].

En todo caso, este planteamiento nos parece discutible por presuponer que el acto de extinción de un servicio es una decisión dada en el propio interés y no en función del interés general, que ha de estar orientada por los criterios de sostenibilidad y eficacia. Además, resulta evidente que la obligada asunción del personal proveniente de la empresa contratista para la prestación de una actividad que se pretende extinguir acaba condicionando seriamente la potestad de organización de la Administración y, en última instancia, obligándola a optar por una forma de gestión indirecta, restringiendo su libertad para decidir continuar o no con la prestación de un servicio. Por si esto fuera poco, la doctrina mencionada no distingue entre servicios obligatorios y actividades conexas y posibles, con lo que se puede acabar imponiendo a la Administración la interiorización de una serie de servicios que no pueden considerarse propios de la actividad administrativa, por la simple traslación de los prestados por la empresa contratista[21].

3
Las distintas formas de imposición de la sucesión de actividades

Resulta común en nuestra doctrina distinguir entre tres posibles fórmulas jurídicas de sucesión: la básica por aplicación imperativa de la redacción prevista en el artículo 44 ET, la convencional alcanzada a partir de la autonomía colectiva, y la contractual establecida en los pliegos de condiciones administrativas[22].

Nos hemos referido ya a la sucesión legal que opera en casos de traspasos de servicios o actividades públicas por imperativo del artículo 44 ET, correctamente interpretado a la luz de las directivas comunitarias y de la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea,

20. Lo contrario supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin coste alguno, recuperando los bienes que constituyen el substrato objetivo de la empresa, tal como se dice en la STS de 26 de mayo de 1987, ROJ: STS 12347/1987, con doctrina consolidada para la gestión de servicios públicos en la STS de 5 de febrero de 1991, ROJ: STS 16469.

21. Como pueden ser los servicios de restauración o cafetería. Véase al respecto el interesante voto particular que acompaña a la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 17810/2012.

22. Una clasificación de los diversos tipos de sucesión empresarial, con cita de la jurisprudencia que los avala, en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 7 de julio de 2011, AS/2011/2703, y en la SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015.

sucesión que exige la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados con capacidad para continuar una actividad productiva, esencial o accesoria.

Conviene ahora añadir que la apreciación de este tipo de sucesión goza de una absoluta prioridad siempre que se den los requisitos previstos al efecto, con lo cual los demás tipos únicamente pueden actuar en su defecto o en ausencia de alguno de sus elementos característicos. Por otra parte, ha de considerarse que los efectos y las consecuencias de las diferentes modalidades de sucesión no son exactamente los mismos. La sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y a los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación, pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio y siempre sujeta a sus límites, formalidades y entrega de la documentación pertinente. La subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados en el pliego de condiciones del contrato, y en principio debería aceptarse por los propios trabajadores interesados.

La sucesión convencional ha de venir impuesta por norma sectorial eficaz, lo que ocurre en numerosos ámbitos productivos en los que el desarrollo de las actividades empresariales descansa principalmente en mano de obra, y la sucesión de contratistas resulta relativamente frecuente, constituyendo un contenido típico de la negociación la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales se impone a los empresarios que sucedan a otros en el desarrollo de las mismas actividades la obligación de absorber al personal de estos últimos[23].

23. Como se señala en Fernández Fernández, Roberto, *La sucesión de empresa en los supuestos…*, ob. cit., pp. 100-106. Dicho autor advierte de la presencia de una abundante y matizada tipología de cláusulas convencionales que introduce una serie de condicionantes a la subrogación de personal, como pueden ser los siguientes: a) Acreditar la concurrencia en los trabajadores afectados de un período mínimo de antigüedad de forma exclusiva o prevalente al servicio objeto de la transmisión, para evitar sobredimensionamientos fraudulentos de la plantilla o la adscripción selectiva de empleados; b) excluir a cuantos se encuentren unidos con el empleador por vínculos de consanguinidad o afinidad, salvo acreditación expresa de una relación contractual; c) extender la protección únicamente a los indefinidos y fijos; d) exigir la identidad del objeto de los servicios en ambas concesiones, sin que sea posible la subrogación cuando se altera el contenido, extensión u objeto del contrato; e) limitar el número de individuos a subrogar o condicionar la sucesión, bien a la imposibilidad de que la anterior adjudicataria pueda dar nueva ocupación en alguno de sus centros de trabajo a los miembros de la plantilla adscritos a la concesión de servicio público, bien a la falta de personal en la nueva para hacer frente a la actividad; f) cumplir una serie de requisitos de carácter formal, cuya finalidad presenta el doble objetivo

El problema se plantea cuando alguna de las cláusulas que regulan la sucesión convencional se extiende a la subrogación de personal de las empresas que se sustituyen, mediante cualquiera de las modalidades de contratación de servicios que se realizan a través de un concurso o de una oferta pública de contratación, señalando específicamente que entre las situaciones sujetas al procedimiento de subrogación se ha de contar con el rescate, la suspensión, la rescisión, la pérdida o la cesión total o parcial de alguna de las actividades que se venían realizando por la empresa concesionaria o contratada. Lo que significa, lisa y llanamente, obligar a la Administración que asume directamente la prestación de un servicio a subrogarse en el personal afecto al mismo, por imperativo de una cláusula pactada en un convenio colectivo sectorial que regula las relaciones entre las empresas de servicios y sus trabajadores.

Estas cláusulas no pueden alcanzar a las Administraciones Públicas contratantes en base a una acreditada jurisprudencia, que maneja los argumentos siguientes:

a) Las cláusulas convencionales discutidas solo resultan de aplicación a las empresas que están incorporadas expresamente en el ámbito subjetivo de comprensión del correspondiente convenio colectivo; por lo tanto, el contenido normativo de un convenio no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumirse por entidades que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.
b) Las cláusulas obligacionales de un instrumento convencional solo pueden resultar de aplicación a las empresas que han estado representadas por las partes que han intervenido en la negociación del correspondiente convenio colectivo sectorial, entre las cuales, por cierto, no suele haber constancia de ninguna institución pública.
c) La función de este tipo de cláusulas es operar entre contratistas que se sustituyen en la prestación de un servicio, resultando evidente que cuando una entidad pública rescinde la adjudicación de un contrato y decide asumir directamente la ejecución de un servicio público, no actúa como contratista del sector que obtiene una nueva adjudicación ni sucede en el contrato a un contratista anterior.
d) Dichas cláusulas se oponen frontalmente a imperativas previsiones legales que aquí sí resultan de obligada aplicación, como es la establecida en el artículo 301.4 TRLCSP, donde se indica que a la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en nin-

de informar a los trabajadores y justificar estar al corriente en el pago de las retribuciones y de las obligaciones con la seguridad social.

> gún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del sector público correspondiente, debiendo recordarse al respecto que la ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del convenio colectivo, razón por la que este debe respetar lo dispuesto con carácter necesario en aquella[24].

Aun así, hay que dar cuenta de la existencia de una jurisprudencia menor que, para el supuesto concreto de empresas públicas que se comportan implícitamente como empresas del sector, y que no disponen de un convenio propio, impone la aplicación del convenio estatal del referido sector, aunque no se den las condiciones objetivas para una sucesión de empresas de carácter legal[25]. Más matizada resulta ser aquella jurisprudencia en la cual la existencia de un convenio sectorial que impone la sucesión en los supuestos de sustitución de empresas contratistas entre las que no concurre el requisito de transmisión patrimonial que habilitaría directamente la sucesión legal, se tiene en cuenta y se valora a efectos de acreditar los presupuestos constitutivos de la figura sucesoria por rescate de actividades como posibilidad incluida en el artículo 44 ET, advirtiendo que, de una manera u otra, es lo que se acaba regulando en las normas convencionales estudiadas[26].

Respecto a la contratación administrativa como vehículo amplio para imponer la subrogación empresarial entre empresas contratistas, hay que partir del dato objetivo establecido en el artículo 118.1 TRLCSP, donde se señala que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que sean compatibles con el derecho comunitario y se indique en el anunció de licitación y en el pliego o en el contrato que atiendan a consideraciones de tipo social, con el fin de 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 OIT.

24. La doctrina citada se plasma en la STS de 11 de julio de 2011, ROJ: STS 5449/2011, la STS de 19 de mayo de 2015, ROJ: STS 3028/2015, y la STS de 21 de abril de 2015, ROJ: STS 2112/2015. Ello no impide la existencia de algún pronunciamiento donde se considera al convenio colectivo resulta comprensivo de cualquier actividad del sector desempeñada por un sujeto público o privado, lo que obliga a la empresa o entidad pública cesante y entrante, sin otra matización, trasladando la carga de la subrogación del personal a un ayuntamiento que se hace cargo del mantenimiento de jardines y zonas verdes de una zona industrial, tal como se puede ver en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de octubre de 2012, JUR/2012/404269.

25. STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2010, ROJ: STSJ CLM 2004/2010, y STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2014, ROJ: STSJ PV 2709/2014.

26. STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 17810/2012.

En consonancia con lo anterior, el artículo 150 TRLCSP señala que, para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económica más ventajosa, deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, entre los que se citan las características vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales que respondan a necesidades definidas en las especificaciones del contrato.

De acuerdo con estas previsiones, cabría incluir en la contratación pública medidas dirigidas a considerar lo que pueda ocurrir con las relaciones de trabajo de los empleados de la empresa adjudicataria en caso de la sustitución de la misma por otra contratista, o en caso de recuperación del servicio por la propia Administración.

Por su parte, el artículo 120 TRLCSP introduce por primera vez el tema de la subrogación del empleador en las relaciones contractuales de nuestro sector público, sentando una doble obligación: el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicara tal medida; a estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato, y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

A la vista de lo que se ha expuesto hasta el momento, parece que la contratación pública ha previsto de manera expresa la inclusión de cláusulas sociales en esta materia, en tres modos distintos:

a) Como criterio a tener en cuenta para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, que deberá vincularse de algún modo con el objeto del contrato.
b) Como condición especial de ejecución del contrato, siempre que sea compatible con el derecho comunitario, y se indique en el anuncio de licitación y en el pliego o el contrato.
c) Como deber de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación[27].

27. Véanse, al respecto, Bernal Blay, Miguel Ángel, "Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, pp. 231-244; y Doménech Pascual, Gabriel, "La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 30, 2012, pp. 40-45.

En base a estas previsiones, no ha de sorprendernos que los pliegos de condiciones establezcan alguna regla, en las fases de adjudicación o ejecución del contrato, sobre el destino de los trabajadores de una empresa adscritos a un determinado objeto contractual, cuando este pasa a manos de otra o retorna a la Administración, con el objetivo último de garantizar la estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo existentes, pero también como una práctica de gestión, para aprovechar la mayor experiencia y conocimiento que el trabajador tiene de la actividad a desarrollar en sus puestos de trabajo, lo que no deja de ser una garantía de eficacia.

En todo caso, nuestra doctrina recuerda que la obligación de subrogación no constituye un ámbito propio de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de lo que disponga la normativa de carácter laboral, debiéndose limitar los pliegos a suministrar la información que resulte necesaria a los licitadores, al objeto de que estos formulen sus ofertas con conocimiento de las relaciones y condiciones en las que se han de subrogar[28].

A este propósito, se recuerda el Informe 31/1999, de 30 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según el cual: "la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares". Un planteamiento que ha sido seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 181/2011, de 6 de julio, en la que se manifestaba: "la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que, en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate", advirtiendo en su Resolución 134/2013, de 5 de abril, que: "la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento ex novo de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto".

28. Hernández Jiménez, Hilario M., "Subrogación laboral en los contratos del sector público", *Actualidad Administrativa*, n.º 5, 2014, pp. 1-9.

A lo que no obsta la redacción del artículo 120 TRLCSP, de la que podría deducirse que es posible imponer la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subrogue como empleador, en los contratos laborales del personal que se encontrara prestando servicios antes de la adjudicación. En buena lógica, hay que referir lo dispuesto en el artículo 120 TRLCSP, el cual se limita a establecer una obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación, a los supuestos de sucesión legal previstos en el artículo 44 ET, o a los de sucesión convencional que puedan desprenderse de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate. Ahora bien, fuera de la subrogación legal o convencionalmente obligatoria, una cosa es que sea posible imponerla en estos casos, y otra muy discutible es que dicho precepto habilite o faculte al órgano de contratación para decidir su inclusión en cualquier contrato en el que así lo estime conveniente, aunque no exista obligación legal de hacerlo[29].

Por lo demás, existe una línea jurisprudencial donde se manifiesta que nada deben decidir los órganos de contratación en una materia como la subrogación empresarial, sobre la que carecen de competencias, y que ha de resolverse siempre en base a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos, ya sea en la fase de adjudicación del contrato, con la atribución de puntos por la subrogación, o en la de ejecución del mismo, exigiendo al nuevo adjudicatario que se subrogue en las relaciones laborales preexistentes[30].

29. Un planteamiento que resulta concorde con el expresado en el Informe 5/2015, de 13 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre la posibilidad de establecer en todo caso en los pliegos de cláusulas administrativas la subrogación obligatoria del personal que venía prestando el servicio.

30. SSTS de 16 de marzo de 2015, ROJ: STS 1475/2015, y de 8 de junio de 2016, ROJ: STS 2675/2016. En la misma dirección, las SSTSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011, ROJ: STSJ M 1793/2011, y de 30 de mayo de 2013, ROJ: STSJ M 5973/2013; también la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2014, ROJ: STSJ PV 1954/2014, que anula la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya de 29 de octubre de 2013, sobre Criterios de Mantenimiento de las condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su Aplicación en los Procedimientos de Contratación. La SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015, distingue entre aquellas cláusulas que valoran como criterio de adjudicación la subrogación a través de la concesión de puntos, y las que simplemente la imponen como un criterio de ejecución condicionada a la voluntaria aceptación por el trabajador. Las primeras supondrían una discriminación contraria a la competencia, claramente favorecedora del contratista saliente o anterior adjudicatario; las segundas, al no ser un factor determinante de la adjudicación, se aceptan como un tipo de cláusula social de la contratación que pretende la estabilidad de los puestos de trabajo, teniendo, por tanto, un claro objetivo de defensa de un interés público, y resultando de aplicación por igual a todas las empresas del ramo.

Capítulo aparte merecen aquellos pronunciamientos favorables a la aceptación de cláusulas de la contratación que impongan la subrogación de los trabajadores, en base al obligado cumplimiento de un acuerdo o convenio colectivo propio de una determinada Administración o ente público. Entiéndase bien que nada hay que objetar a la existencia de convenios de sector que impongan la subrogación entre empresas contratistas de dicho sector, un dato que resulta relativamente frecuente en nuestro sistema de relaciones laborales[31]. Nos referimos aquí a un supuesto diverso en el cual la cláusula de subrogación de los trabajadores de las empresas de servicios, en el caso de cambio de la titularidad de la contrata, se incluye en el pliego de condiciones de la licitación por imposición de un instrumento colectivo pactado entre un ente público y las organizaciones representativas de sus trabajadores.

Lógicamente ello presupone que el deber de la Administración de establecer una obligación de subrogación, en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos para la adjudicación del servicio público del que ella es titular, constituye un contenido posible de la negociación de los acuerdos sobre condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, y de los convenios colectivos del personal laboral de una determinada Administración Pública, afirmación que se legitima por la doctrina que la sostiene en base a una interpretación sistemática de los siguientes argumentos:

a) El actual artículo 150.1 TRLCSP distingue entre criterios que pueden incluirse en cualquier licitación para la valoración de ofertas, como puede ser el caso del precio y la calidad, pero sin despreciar otros que se podrán incluir en la medida en que guarden una relación directa con el objeto del contrato, como puede ser el compro-

31. La STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, ROJ: STSJM 75/2012, nos dirá que: "en nuestro derecho colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los convenios colectivos nacionales son: acción social e intervención social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos, asistencia en tierra en aeropuertos (*handling*), atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, construcción, *Contact Center*, contratas ferroviarias, empresas concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos del Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccional, seguridad, transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además existen una relación de sectores que regulan la subrogación en sus convenios sectoriales autonómicos y/o provinciales".

miso de subrogación como una condición social que responda a necesidades exigidas por el servicio público a prestar, por lo que habrá de analizarse caso por caso y no darlo por sentado con carácter general.

b) En todo caso resulta posible la inclusión en el pliego de condiciones de una cláusula que establezca la subrogación de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad del contrato, ya que la inclusión de dicha cláusula puede no constituir un criterio de selección, sino formar parte del pliego como una condición relacionada con la ejecución del contrato, advirtiéndose al respecto que, tal y como establece el artículo 115.2 TRLCSP: "En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato".

c) La propia regulación de los contratos públicos contempla la posibilidad de que en los pliegos de condiciones se incluyan cláusulas de subrogación, tal como establece el artículo 120 TRLCSP, referido a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos de trabajo, señalándose que si no pudiera imponerse la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subrogue como empleador, dicho precepto sobraría.

d) La tesis de que un acuerdo o pacto colectivo no puede imponer su cumplimiento a empresas situadas fuera de su ámbito de aplicación, ni puede imponerse a empresas y trabajadores que no fueron parte de la negociación, una subrogación que no han consentido, se considera excesivamente reduccionista del ámbito de la negociación y no apropiada a las circunstancias del propio pacto. En primer lugar, porque se olvida que vencido un contrato de adjudicación de un servicio público del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente en la Administración, con lo que en línea de principio operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio; sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mismo servicio se establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de los trabajadores que el anterior adjudicatario tuvo, no puede decirse en rigor que la Administración sea un tercero ajeno a esos contratos, sino que está directamente concernida en su posición de posible empleador. En segundo lugar, porque la traslación de las cláusulas de subrogación a los pliegos de contratación se impone a quienes las firmaron, es

> decir, a los entes públicos que suscribieron los correspondientes acuerdos convencionales, que al margen del contenido posible o no de la negociación, les atribuyeron una validez y eficacia que posteriormente no se puede cuestionar de una forma indirecta. En tercer lugar, se observa que a las empresas de servicios no se les impone el cumplimiento del acuerdo o del convenio colectivo, simplemente si acuden al concurso público que se convoque han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares, y entre estas últimas estará la subrogación en los contratos de los trabajadores. La obligación de subrogación no nace pues del instrumento colectivo, sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometiéndose a las estipulaciones del mismo, una obligación que por cierto no se impone a los trabajadores afectados por el proceso de transmisión, que podrán o no aceptar la subrogación de sus contratos[32].

Como conclusión, parece ser que la admisibilidad del efecto subrogatorio de una cláusula del pliego de condiciones va a depender de la existen-

32. La doctrina expuesta se localiza fundamentalmente en las SSTS de 4 de junio de 2013, ROJ: STS 3407/2013, y de 30 de abril de 2014, ROJ: STS 2171/2014, cuya redacción final acaba incluyendo un elemento de confusión, al señalar que la interpretación de los artículos 44 ET, 120 TRLCSP y 37.1 EBEP ha de llevar a la conclusión de que un pacto de subrogación contenido en acuerdo sobre materias comunes tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas, cuando de lo que se trata es de demostrar que dicho acuerdo detenta la capacidad suficiente para constituirse, directa o indirectamente, en una regulación sectorial de base convencional que imponga la sucesión entre empresas privadas vía pliegos en aquellos supuestos en donde no se den los elementos que acrediten la aplicación de las correspondientes normas legales, es decir, que imponga la subrogación convencional a los trabajadores de las empresas contratistas al margen del artículo 44 ET. En todo caso, el reverso de este tipo de pronunciamiento puede encontrarse en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, que se pronuncia sobre la posible aplicación de una cláusula de mantenimiento en el empleo contenida en el convenio colectivo del personal laboral de una empresa pública provincial, donde se garantizaban los contratos de trabajo vigentes frente a cualquier supuesto que implicara reducción o pérdida de empleo, señalando que en este caso dichos trabajadores tendrían que ser absorbidos en la plantilla de la empresa u organismo provincial que continuara prestando servicios propios de la empresa, subrogándose en las mismas condiciones de trabajo y respetándose la antigüedad, categoría y salario, advirtiendo que: "no es concebible una aplicación del convenio, incluso aun cuando como es el caso se trate de la propia corporación, socia constituyente de la sociedad, pues ya se ha argumentado que se trata de entidades con personalidad jurídica propia y distinta. En realidad, el precepto en cuestión solo cabe ser interpretado como expresivo de la subrogación que, con carácter general, se prevé en el artículo 44 del ET, pero en el entendido que ello no impediría a la sociedad empleadora –como, en definitiva ha ocurrido– el acometer extinciones cuando estas estén debidamente amparadas en las causas legalmente establecidas".

cia o no de un instrumento colectivo que la respalde[33]. Por tanto, la aceptación de este tipo de prescripciones contractuales no debería plantear excesivas dificultades cuando en una norma colectiva suscrita por el ente público titular del servicio, o que resulte aplicable a las empresas concernidas por la transmisión de la actividad, se hallara prevista de una forma suficiente y detallada la sucesión por incorporación a los correspondientes pliegos. Un efecto, por cierto, que se producirá de una forma más natural si dicha cláusula de subrogación se configura como una condición de ejecución del contrato, y no como un criterio de selección del contratista, lo que podría considerarse discriminatorio por afectar al principio de competencia.

4
Los efectos y las dificultades de la sucesión de actividades

Si atendemos ahora a las obligaciones laborales derivadas de la sucesión en la actividad de servicio público, hay que partir del dato objetivo de que la subrogación legal, cuando se verifica la existencia de una transmisión de una unidad productiva autónoma, presupone la entera aplicación del artículo 44 ET, considerado como una norma de derecho necesario en virtud de la cual se producen dos efectos esenciales: el primero presupone la conservación de las relaciones laborales y el mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales existentes hasta el momento; el segundo supone que el empresario cedente y el cesionario responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, y que no hubieran sido satisfechas durante un período de tres años.

Dos son, por tanto, las consecuencias de la aplicación del artículo 44 ET para el nuevo titular de la correspondiente entidad productiva objeto de la transmisión:

a) La aparición de una obligación de conservación de las relaciones laborales, asumiendo en sus propios términos la posición contrac-

33. Nores Torres, Luis Enrique, "El empleo público en tiempos de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.", *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 35, 2014, p. 16. No hay, pues, tres procedencias distintas de la obligación de subrogación, sino solo dos: la subrogación legal por imperativo del artículo 44 ET, en la que puede encajar la llamada sucesión de plantillas, y la subrogación convencional, que puede acabar imponiéndose a través de los pliegos de la contratación pública, pero que tiene su origen en la norma convencional; sobre los diversos orígenes de la obligación de subrogación, nos remitimos al trabajo de Madrigal Esteban, María Jesús, y Martínez Saldaña, David, "La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 40, 2015, pp. 33-51.

tual del anterior empresario, con la consiguiente desvinculación del mismo, que se limitará a comunicar a los trabajadores que como consecuencia de la transmisión pasan a depender de un nuevo empresario, sin que dicho acto de información pueda considerarse una comunicación de despido. En todo caso, conviene advertir que la subrogación legal tiene un carácter bidireccional, se impone al ente público que actúa como cesionario, pero también a los trabajadores del empresario cedente adscritos a las unidades productivas que constituyen el objeto de la sucesión, trabajadores que están obligados a aceptar al nuevo empresario sin que se considere necesaria una manifestación expresa de voluntad.

b) El surgimiento de una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no se hayan satisfecho durante un período de tres años a contar desde la transmisión[34].

En todo caso, conviene advertir que el obligado cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sucesión no va a poder obviar que el cesionario resulta ser un ente público, sometido a un particular ordenamiento jurídico de naturaleza objetiva que pauta las reglas de clasificación de puestos y de ingreso a sus empleos[35].

La primera dificultad, pues, para la interiorización de personal proveniente de una sucesión de empresas del sector privado hacia una matriz pública, va a poder localizarse en el régimen jurídico de la clasificación de puestos que se haya podido adoptar por una estructura organizativa que los

34. En los procesos de recuperación de servicios conviene tener muy en cuenta la diferencia existente entre ambas garantías: la garantía de la subrogación y la garantía derivada de la asunción de la responsabilidad solidaria. Al respecto, hay que tener en cuenta que la garantía de la responsabilidad solidaria alcanza a todas las deudas del empresario anterior nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, tanto respecto de los contratos de trabajo vigentes al tiempo de la transmisión como de los no vigentes, lo que puede presuponer la asunción de responsabilidades por deudas laborales preexistentes a la transmisión respecto de un trabajador no cedido, tal como se advierte en Rey Guanter, Salvador del, Martínez Fons, Daniel, y Serrano Olivares, Raquel, "El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, 2005, pp. 238-239.

35. Incluso en aquellos casos en los que el destinatario de la transferencia de actividad pueda ser una sociedad mercantil de capital público, sociedades que no son Administraciones pero que se integran dentro del sector público, lo que significa que les van a resultar de aplicación a nuestros efectos la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, que en su disposición adicional décima quinta regula la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas, y la disposición adicional primera EBEP, que regula el acceso en las entidades del sector público estatal, autonómico y local.

ha diseñado atendiendo a los criterios que en las normas de derecho público permiten identificar los diferentes puestos de trabajo. La cuestión consiste en preguntarse hasta qué punto puede incorporarse al personal laboral subrogado en una posición que permita su consideración como una dotación de un puesto de trabajo reservado a funcionarios. Lógicamente, la pregunta se puede plantear de una manera inversa, es decir, hasta qué punto la clasificación de un puesto como reservado a funcionarios puede constituir un obstáculo objetivo a una subrogación de personal laboral[36].

Planteada en estos términos, la cuestión parece resolverse a la vista de la STS de 21 de mayo de 2014, ROJ: 3410/2014, donde se hace prevalecer el mecanismo de sucesión legal sobre las decisiones administrativas de clasificación de puestos, recordando que las mismas no pueden suponer un impedimento para la subrogación, al ser algo que se decide en última instancia por la propia Administración[37].

De igual forma se rechaza la utilización del vínculo funcionarial para eludir la asunción del personal proveniente de una sucesión de empresa, lo que se produce cuando un determinado ente público articula un sucedáneo de proceso selectivo, fundamentalmente basado en la experiencia obtenida en puestos de trabajo correspondientes a la anterior empresa adjudicataria del servicio, y mantiene a una parte sustancial del personal tras nombrarles como funcionarios interinos, y hacerles renunciar a su vínculo laboral de naturaleza fija[38].

Por otra parte, el artículo 70 EBEP establece que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso, serán objeto de una

36. Sobre los criterios a la hora de decidir cuándo un puesto de trabajo debe ser cubierto por personal funcionario o laboral, nos remitimos a los trabajos de Cantero Martínez, Josefa, "Criterios para la clasificación del empleado público: ¿funcionario o laboral?", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 5, 2012, pp. 82-99, y de Gorriti Bontigui, Mikel, "Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n.º 11, 2016, pp. 94-111.

37. Nuestro derecho conoce el supuesto del personal laboral que desempeña funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario, tal como queda acreditado en la disposición transitoria 2.ª EBEP.

38. Tal como se dice en las SSTSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ PV 3002/2015, y de 13 de octubre de 2015, ROJ: STSJ PV 3281/2015: "el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe *ex* art. 44 ET esgrimiendo como argumento la vinculación funcionarial y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio)".

oferta de empleo público o instrumento similar que se aprobará anualmente. Por tanto, el alcance de la oferta de empleo público consiste en determinar y anunciar al público las plazas vacantes y presupuestadas, existentes en una determinada estructura de plantilla, que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio presupuestario anual a que está referida. La incorporación de plazas a una determinada oferta de empleo público se limita a través de una tasa de reposición de efectivos, que fija el máximo de las vacantes que se pueden cubrir y que se expresa a través de un porcentaje. Para calcular la tasa de reposición de efectivos, el porcentaje máximo autorizado se aplica sobre la diferencia que pueda resultar entre el número de empleados fijos que dejaron de prestar servicios durante el ejercicio presupuestario correspondiente, en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado a los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresados desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo, tal como se dice en el artículo 20.Uno.4 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

Por lo tanto, se podría advertir que todo proceso de subrogación de personal proveniente de una internalización de servicios resulta ser, en sí mismo, un proceso de incremento de efectivos en las plantillas públicas que puede acabar repercutiendo en la tasa de reposición de efectivos[39]. Si eso es así, la tasa de reposición de efectivos se convierte en un límite cierto a los procesos de reversión en los que se quiera operar una subrogación de personal.

39. Cobra aquí importancia la opción organizativa que se haga para interiorizar el servicio. La reversión puede hacerse mediante la integración en un organismo o entidad de derecho público o en una sociedad mercantil de capital público. En este sentido, la tasa de reposición de efectivos prevista con carácter general en el artículo 20.Uno.3 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, es de un máximo del 50%, mientras que la tasa de reposición de efectivos prevista en la disposición adicional décima quinta de la misma Ley, para la contratación de personal de las sociedades mercantiles públicas y las entidades públicas empresariales, resulta inexistente cuando se trate de la contratación de personal con una relación preexistente de carácter fijo e indefinido en el sector público en el que respectivamente esté incluida la correspondiente entidad pública empresarial o sociedad mercantil, advirtiéndose además que las sociedades mercantiles públicas empresariales que hayan tenido beneficios en dos de los últimos tres ejercicios podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 100% de su tasa de reposición, mientras que las sociedades mercantiles públicas y las entidades empresariales distintas de las comprendidas en la expresión anterior podrán realizar contratos indefinidos con un límite del 60% de su tasa de reposición, bien entendido que, adicionalmente, podrán realizar, exclusivamente para la consolidación de empleo temporal, contratos indefinidos con un límite del 15% de su tasa de reposición. Por si esto fuera poco, la misma norma permite, en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, las contrataciones temporales que se puedan considerar pertinentes.

Advirtamos ya sobre la necesidad de no interpretar de una manera abstracta, unilateral e indiferente los límites presupuestarios a la incorporación de personal en las plantillas públicas, prescindiendo de los matices que puede aportar cada situación. De entrada, hay que señalar que las limitaciones que contienen los preceptos presupuestarios se refieren a la incorporación de personal de nuevo ingreso, vinculado exclusivamente a una oferta pública de empleo u otro instrumento similar de gestión de las necesidades de personal, derivándose de esta situación la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos, pero no aluden a otros procedimientos de incorporación derivados del cambio en las distintas formas y modos de gestión de los servicios públicos, o de la asunción directa de estos por parte de una Administración.

Sencillamente, los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los procesos de contratación de nuevo personal que puedan referenciarse a una estructura de plantilla dada, sobre la que poder calcular una tasa de reposición de efectivos. La subrogación no constituye nueva contratación sino cumplimiento estricto de la ley laboral y de las directivas comunitarias que pretenden mantener la estabilidad en el empleo, lo que a nuestro parecer no puede ser impedido por una norma de derecho público que ha de ceder excepcionalmente en determinados casos y sectores, en los que además se procura una opción por una forma de gestión que estructuralmente ha de presentarse como más sostenible y eficiente[40].

De ahí que resulte de imprescindible cita la STS de 3 de febrero de 2015, ROJ: STS 979/2015, donde se advierte que la norma presupuestaria que condiciona las nuevas contrataciones debe ser interpretada restrictivamente, por dos razones: primero, por su carácter excepcional, pues contradice la regla general del artículo 70 EBEP, sobre la oferta anual de empleo público; y segundo, porque en su aplicación resulta ser una norma restrictiva de derechos reconocidos por la norma laboral y por las directivas comunitarias[41].

Los argumentos vertidos hasta el momento nos deberían llevar rápidamente a las conclusiones siguientes:

40. Véase al respecto la STS de 18 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9186/2012, y la SAN de 10 de febrero de 2016, ROJ: SAN 251/2016, en las que se señala expresamente que las normas de derecho público que pretenden impedir nuevas contrataciones de personal laboral no pueden ser un impedimento para la aplicación de las normas laborales que prevén la conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos, como una consecuencia de la aplicación de los límites a la duración del contrato por obra o servicio determinado o al encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, lo que *mutatis mutandis* puede extenderse a los procesos de subrogación laboral ordenados por el artículo 44 ET.

41. STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2015, ROJ: STSJ AND 11967/2015.

a) La primera es que la oferta pública de empleo no debe ser un obstáculo añadido a los procesos de reorganización de las formas y los modos de gestión de los servicios públicos. Como se puede ver a tenor de las disposiciones adicionales decimoquinta y decimosexta de la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, los trasvases de personal fijo e indefinido entre personas jurídicas públicas y privadas del sector público se consideran una excepción a las limitaciones que se pudieran imponer a la contratación de nuevo personal. Precisamente, lo que esta exclusión significa es que las operaciones de transformación, fusión, disolución y extinción de organismos, entidades, sociedades y fundaciones públicas, que automáticamente presuponen la subrogación de todas las relaciones jurídicas preexistentes, comportan implícitamente una adaptación forzosa de la organización y de sus medios personales, que en buena lógica deberán integrarse legalmente en la correspondiente Administración, organismo, entidad, sociedad o fundación pública a través de un proceso de acomodación de estructuras, en el que no pueden ser un obstáculo las limitaciones establecidas por las leyes presupuestarias al acceso del personal de nuevo ingreso, cuya posición hay que considerar de forma distinta por el hecho de no haber mantenido en ningún momento una relación directa o indirecta con el servicio público. Limitar esta excepción a las formas de gestión directa propias del sector público es obviar que las estructuras públicas pueden funcionar a través de formas de descentralización directa e indirecta, mediante vínculos empresariales de naturaleza contractual que constituyen verdaderos modos de gestión de los servicios públicos.

b) La segunda conclusión a tener en cuenta es que la legislación presupuestaria limita las nuevas contrataciones laborales, siempre que cuestionen efectivamente el objetivo de contención o reducción del déficit público, pero dicha prohibición no es absoluta y se puede excepcionar siempre que la operación pretendida no contradiga este designio último, de manera que la normativa legal no puede interpretarse de modo abstracto y lineal, al margen de cada situación real. De hecho, las restricciones establecidas a través de la oferta pública de empleo se pueden exceptuar, con carácter excepcional, para cubrir necesidades urgentes e inaplazables; una consideración de tipo cualitativo que puede cubrir la singularidad misma que representa la recuperación de un servicio público, y la necesidad de atender a su permanencia y continuidad.

c) La tercera y última de nuestras conclusiones en esta materia es que las Administraciones y sus entidades dependientes están vinculadas por la ley y el derecho, lo que supone que una Administración, un organismo o entidad, o una sociedad pública, han de respetar y cumplir en su condición de empresarios los requisitos y condiciones que derivan de las leyes laborales y de las directivas comunitarias en materia de transmisión de empresas, sin que pueda constituir un obstáculo o una excusa absolutoria a nivel laboral la obligación última de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria, proclamado en el artículo 135 CE, cuando entra en contradicción con el principio de estabilidad en el empleo derivado de la plena ocupación, también previsto en el artículo 40 CE.

En otro orden de consideraciones, conviene advertir que posiblemente el obstáculo más formidable a la subrogación del personal de una empresa adjudicataria a un ente del sector público habrá de ser el principio de igualdad y mérito, que pauta el acceso al empleo público. Dicho principio se desprende directamente de la conjunción de los artículos 23.2 y 103.3 CE. El artículo 55 EBEP lo configura como un derecho de acceso a todo el universo jurídico de las clases de personal que se configuran como empleados públicos. Al mismo tiempo, la disposición adicional primera EBEP extiende la aplicación del principio contenido en el artículo 55 EBEP a las entidades del sector público estatal, autonómico o local, con independencia de que su régimen jurídico se ajuste al derecho público o al privado.

No estará de más subrayar que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad que se contiene primariamente en el artículo 23.2 CE, se identifica con la cobertura de plazas de los cuerpos y escalas de funcionarios, pero no con las correspondientes a los diferentes grupos de personal laboral. De hecho, las SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, 34/1995, de 6 de febrero, y 132/2005, de 23 de mayo, advierten que el artículo 23.2 CE, como derecho fundamental, solo resulta aplicable al acceso a la función pública con exclusión de los contratos laborales propios del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Cuestión distinta es que dicho derecho se haya extendido por imperativo del artículo 55 y de la disposición adicional primera EBEP a todo el personal del sector público.

Lo que sí es evidente es que la cuestión apuntada nos sitúa ante dos distintos sectores del ordenamiento jurídico, que obedecen a principios inspiradores distintos y contradictorios entre sí. De hecho, el ordenamiento jurídico laboral tiene presente una determinada utilidad social como puede ser la permanencia y la estabilidad en el empleo, y en cambio el ordenamiento administrativo pretende garantizar el interés general en base a la defensa de

la igualdad y el mérito en el acceso al empleo público, lo que redunda siempre en el principio de eficacia propio de las organizaciones que tienen encomendadas tareas de servicio público.

Esta contradicción no resulta de fácil solución. De hecho, hoy por hoy parecen resultar posibles hasta tres posiciones distintas. En la primera, se parte de una primacía absoluta del principio de igualdad y mérito en el acceso a los empleos de la Administración, y también en la contratación del personal propia de las entidades del sector público, lo que lleva a considerar la irregularidad del mismo proceso de sucesión, entendiendo que los trabajadores integrados directamente a través del mecanismo de la subrogación se acabarían situando en una posición que les permitiría un acceso ilícito al empleo público, de manera que, al no haberse cumplido con las normas que regulan el acceso a las funciones públicas, se produciría de hecho la nulidad radical de unas relaciones contractuales de carácter privado que por naturaleza no podrían existir de una forma autónoma en un entorno público, hasta el punto de que, en casos verdaderamente extremos, se ha venido a decir que existe un fraude legal en la utilización del amparo que proporciona el artículo 44 ET como una mera cobertura para conseguir el resultado último de que dicho precepto pueda actuar como una "puerta falsa" que permita el acceso al empleo público al margen de los principios de igualdad y mérito[42].

La cuestión no se plantea única y exclusivamente con el derecho de acceso. En la medida en que se puede producir el acceso de personal privado al empleo público de una forma subrepticia, la integración de personal a través de un proceso de subrogación puede afectar a los derechos de promoción y carrera de los funcionarios y del personal laboral de un organismo público, lo que puede implicar una reacción de los mismos que cuestione una operación de sucesión que objetivamente les perjudica, con lo que las intervenciones subrogatorias que derivan en una integración directa de personal en las plantillas públicas no solo tienen repercusión en el derecho de los ciudadanos al acceso en condiciones de igualdad a un empleo público, sino que también perjudican a los que ya han accedido al empleo público y tienen un derecho a mantenerse en su situación sin perturbaciones ilegitimas, deducido del artículo 14 EBEP, lo que se convierte en una razón más para oponerse a los procesos de subrogación de personal provenientes de formas jurídicas de derecho privado que han gestionado servicios públicos[43].

42. Véase al respecto el supuesto relatado en la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CLM 3501/2013.

43. STSJ de Andalucía, Granada, de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011. En la misma dirección, la STSJ de Galicia de 8 de junio de 2016, ROJ: STSJ GAL 4349/2016.

En la segunda de las opciones planteadas, la contradicción se resuelve extendiendo la calificación de personal indefinido no fijo al personal subrogado procedente de una forma empresarial que haya resultado gestora de unos servicios públicos transmitidos a una forma pública. Esta controvertida figura resulta ser una creación jurisprudencial que aparece plenamente consolidada a partir de la STS de 20 de enero de 1998, ROJ: STS 234/1998, donde se puso de manifiesto el problema de la contratación laboral temporal irregular de las Administraciones Públicas, que plantea una evidente contradicción entre el ordenamiento laboral que defiende la estabilidad en el empleo frente a actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada, y el ordenamiento administrativo, que consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. A partir de aquí se detecta la existencia de una colisión entre dos intereses contrapuestos: en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social; en el segundo estamos ante un interés público de relevancia constitucional. Para resolver la contradicción planteada se acude a la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en la plantilla. De esta manera la naturaleza indefinida del contrato implica desde una perspectiva temporal que este no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide sin superar los procedimientos de selección una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal público. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo, sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo, y producida esa provisión existirá una causa lícita para la extinción del contrato.

De hecho, la denominada relación laboral indefinida no fija parece haberse incorporado al ordenamiento jurídico del empleo público con la aprobación del EBEP. El artículo 8 EBEP, referido al concepto y a las clases de empleados públicos, considera el tipo siguiente: "Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal", refiriéndose luego el artículo 11.1 EBEP a la duración del contrato, que: "podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal". Pero como se sabe esta referencia a los indefinidos no tiene como finalidad última un reconocimiento expreso de esta figura, al modo de un tercer género entre fijos y temporales, sino que resulta ser una enmienda

introducida en el texto original por el grupo de senadores nacionalistas vascos, con la única finalidad de que el profesorado de religión estuviera recogido en este precepto. La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica, no son temporales pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección de carácter público. Ello no obsta para que una doctrina minoritaria pueda llegar a afirmar que, con independencia de su origen, la figura del trabajador indefinido no fijo obtiene un cierto grado de consolidación legal en el empleo público, con lo que se permitiría su consideración autónoma por las Administraciones Públicas[44].

En todo caso, las normas introducidas en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, sobre la duración del contrato por obra o servicio determinado y el encadenamiento de contratos en las Administraciones Públicas, van a suponer, sin duda, un reconocimiento indirecto del tipo descrito con el concepto indefinido no fijo, al establecer en el ámbito de las Administraciones Públicas que, en caso de incumplimiento de los límites máximos del contrato por obra o servicio, o del límite al encadenamiento de contratos temporales, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por un procedimiento ordinario fundamentado en el principio de igualdad y mérito, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo.

44. Lo que parece insinuarse en una serie de opiniones doctrinales citadas por Arufe Varela, Alberto, "Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones Públicas: una anomalía jurisprudencial y legal", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 40, 2015, pp. 99-102. Radicalmente en contra de esta posición, Selma Penalva, Alejandra, "El trabajador 'indefinido no fijo' en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura", *Relaciones laborales*, n.º 11, 2014, pp. 79-82, que nos recuerda que la figura es una creación estricta de la jurisprudencia social, a la que no puede recurrir la Administración Pública como una modalidad o un tipo contractual más que pueda formar y actuar a su libre conveniencia. Una polémica que debería cesar a la luz de la doctrina establecida en la STS de 22 de julio de 2013, ROJ: STS 5057/2013, donde se señala que: "1.º) no ha desaparecido la figura del indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más; 2.º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante; 3.º) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión; 4.º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP)". Precisamente el voto particular del magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Juliá, al que se adhieren cuatro magistrados más, considera de utilidad la expresión "por tiempo indefinido" añadida al EBEP, expresión que, a su entender, "no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir".

La referencia resulta de interés, porque la aplicación práctica de la figura del indefinido no fijo no se limita a un trabajador de un organismo público que haya adquirido tal condición como consecuencia de una reclamación judicial, efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de 30 meses (en cuyo caso, el artículo 15.5 ET prevé su conversión en contrato indefinido), o a la prolongación de un contrato para obra o servicio determinado durante más de tres años (artículo 15.1.a ET), sino que se extiende también a la apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspira la celebración del contrato, a la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajador autónomo, o a las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores como receptor de mano de obra[45].

Pues bien, la figura del indefinido no fijo se quiere utilizar aquí como una vía concreta para proceder a la integración, en las plantillas públicas, del personal subrogado procedente de una sucesión empresarial, derivada de un proceso de recuperación de un servicio público por una forma pública de gestión. Más concretamente, en los supuestos que conocemos, es la negativa a la subrogación de efectivos procedentes de una forma privada de gestión la que se hace equivalente a un despido que, declarado improcedente, puede llegar a generar el derecho al ingreso en una plantilla pública, con la condición de trabajador indefinido no fijo[46].

La solución así planteada ha sido cuestionada por nuestra mejor doctrina, advirtiendo de que la figura del indefinido no fijo parece actuar como un verdadero cajón de sastre, al que van a parar todos aquellos supuestos en que se produce un conflicto entre las previsiones del derecho laboral y los principios de acceso al empleo público, subrayando al respecto que: "ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales"[47].

45. Seguimos en estas líneas el trabajo de Selma Penalva, Alejandra, "El trabajador 'indefinido no fijo'…", ob. cit., pp. 77-78.

46. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2010, ROJ: STSJ CL 2004/2010; de Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de junio de 2010, JUR/2010/418284; de Islas Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4316/2014; y de Murcia de 15 de febrero de 2016, ROJ: STSJ MU 247/2016. Con muchas más dudas, la SAN de 29 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013, donde se acaba optando por esta solución, advirtiendo que, en supuestos concretos en los que no existe una solución predeterminada, se trata de procurar de una forma razonable la conciliación entre lo que está determinado por el EBEP y lo que está establecido en el ET.

47. Al respecto, las acertadas afirmaciones de Castillo Blanco, Federico, "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 58-59, 2016, pp. 93-94, donde

Lo cierto es que la opción por la conversión del personal laboral sucedido en personal "indefinido no fijo" parece plantear una serie de inconvenientes e interrogantes, como pueden ser los siguientes:

a) La figura del "indefinido no fijo" es una respuesta judicial a la irregularidad que suele presentar la contratación temporal de las Administraciones Públicas, que, pese a su ilicitud, no podía determinar la adquisición de fijeza por el trabajador afectado, mientras que la subrogación del personal procedente de una sucesión empresarial, derivada de un cambio en el modo de gestión, resulta ser un cumplimiento estricto de las normas laborales y de la Directiva comunitaria, al que no puede anudarse un determinado efecto sanción que tenga como objeto prevenir un comportamiento fraudulento que sencillamente no existe.

b) La sucesión empresarial es subrogación subjetiva pero no es novación objetiva. Tal como nos advierte la jurisprudencia, la subrogación solo supone para el subrogado la asunción o transferencia de la relación objeto de la misma, pero no la transformación de su relación para convertirla en otra de naturaleza distinta[48]. Ello quiere decir que la transformación de una relación indefinida y fija en una relación indefinida no fija induce un cambio en la naturaleza jurídica del contrato, que objetivamente afecta al mantenimiento del vínculo anterior, lo que conlleva un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 44 ET, que no es otra cosa que un desarrollo del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE. Como hemos visto, tal Directiva resulta de aplicación a las Administraciones Públicas, y exige el respeto de las relaciones laborales existentes en el momento del traspaso y el mantenimiento de las correspondientes condiciones de trabajo, de manera que, en el conflicto planteado entre una ley nacional que establece el sistema de mérito como procedimiento de acceso al empleo, y una Directiva comunitaria que propugna la conservación de los contratos de trabajo preexistentes en su propia naturaleza, ha de prevalecer esta, dado que el derecho europeo prima sobre el derecho interno[49].

se advierte que: "La contradicción entre las normas administrativas y laborales a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que se ha resuelto mediante una interpretación integradora de ambas con la creación del denominado 'indefinido no fijo', no puede resolverse de forma idéntica en todas las circunstancias".

48. STS de 25 de septiembre de 2012, ROJ: STS 6655/2012.

49. El argumento, suficientemente respaldado por citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en Sala Franco, Tomás, "El acceso al empleo público

c) No existe una figura de contratación "indefinida no fija" como modalidad propia a la que pueda recurrir la Administración Pública según su conveniencia. La figura del trabajador "indefinido no fijo" es de estricta creación y aplicación jurisprudencial, sin que quepa la concertación inicial, ni la transformación automática en la citada categoría por mera voluntad de la entidad contratante, ni su posible reconocimiento en base a una decisión administrativa tomada a petición de parte o en vía de recurso, sin contar con una resolución judicial al respecto[50].

d) Resulta determinante para que pueda aparecer la figura del trabajador indefinido no fijo que el trabajo en cuestión pueda ser considerado un empleo público al que resulten de aplicación los principios de igualdad y mérito. El planteamiento en cuestión parece crear una zona de fricción, en la que se cuestiona si es posible el tipo de contratación indefinida no fija en una sociedad mercantil perteneciente al sector público. Aquí se afirma que la naturaleza jurídica de la relación laboral "indefinida no fija" trae causa de la naturaleza pública de la empleadora, siendo del todo insostenible cuando los trabajadores pasan a prestar servicios para una empresa privada, con lo que no cabe contemplar un vínculo contractual de aquellas particularísimas características[51].

laboral", en Arias Domínguez, Ángel, y Rodríguez Muñoz, José Manuel (coords.), *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*, Aranzadi, Navarra, 2015, pp. 30-31.

50. La STSJ de Islas Canarias, Tenerife, de 4 de febrero de 2014, ROJ: STSJ ICAN 468/2014, advierte que las Administraciones Públicas no pueden proceder a reconocer al personal laboral el carácter de indefinido al margen de un proceso judicial.

51. La STS de 18 de septiembre de 2014, ROJ: STS 4290/2014, nos dirá que: "El personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, […]. En consecuencia, se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como 'indefinidos no fijos', siendo esta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador 'indefinido no fijo' se halla, como se pone de relieve en la sentencia recurrida y resulta ampliamente conocido y reiterado en la doctrina judicial, en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados". Un planteamiento que a primera vista parece cuestionable, ya que la disposición adicional primera EBEP nos dice que: "Los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica". Por tanto, si bien es cierto que los trabajadores de una sociedad pública no son empleados públicos, también lo es que, en la medida en que dicha sociedad, de acuerdo con el criterio de participación

De ahí que haya surgido una tercera opción como es la del llamado "personal subrogado"[52], en base a una jurisprudencia originada en los problemas suscitados por la transformación del régimen jurídico del sujeto que actúa como empleador, principalmente sujetos del sector público con personalidad jurídica privada que se convierten en sujetos públicos en sentido estricto.

Dicha opción se fundamenta y estructura sobre las premisas siguientes:

a) El necesario respeto al ejercicio de una potestad de organización que se detenta por las Administraciones territoriales para reordenar las formas de gestión, cuando así lo aconsejan o demandan las cambiantes circunstancias de su actividad, para una mejor organización de las estructuras que resulten necesarias para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes de los individuos en sociedad, o de los servicios públicos establecidos con ese fin, ya que sostener lo contrario equivaldría a petrificar la organización de las entidades existentes, condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento[53].

b) El simple recordatorio de que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en los correspondientes contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino simple aplicación objetiva de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general, más concretamente en el artículo 44 ET, que resulta ser una transposición de la Directiva 2001/23/CE, una regulación claramente dirigida a favorecer la estabilidad laboral, que no se considera alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 CE como principio rector de la política social.

---

mayoritaria o de influencia dominante, pertenezca al sector público, le resultarán de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 EBEP, que pautarán el acceso a sus relaciones de empleo.

52. Tomamos la denominación de Soto Rioja, Sebastián de, "Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional", en Cruz Villalón, Jesús (coord.), *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 619.

53. Conviene traer aquí la reflexión que nos señala que las mutaciones en la naturaleza jurídica del ente que actúa como empleador provienen de decisiones que se ajustan al derecho público, en cambio sus consecuencias sobre el personal forman parte de un híbrido en el que se aplican de forma indistinta normas de derecho privado y de derecho público, tal como se dice en Tissandier, Hélène, "La mutation de la nature de l'employeur: quel avenir pour les agents / salariés?", en Touzeil-Divina, Mathieu & Sweeney, Morgan (dirs.), *Droits du travail & des fonctions publiques: Unité(s) du Droit?*, Editions L'Epitoge, Le Mans, 2012, p. 54.

c) La aclaración de que la integración del personal subrogado no es propiamente un acceso al empleo público, al que solo se podrá pasar si se superan los correspondientes procesos selectivos fundamentados en el principio de igualdad y mérito, con lo que a través del proceso de subrogación no se da la adquisición de la condición de empleado público, aunque se acabe admitiendo que dicho personal no deja de ser un trabajador de una determinada entidad u organismo público.

d) La consideración de que la integración de este tipo de personal no puede ser considerada gratuita, arbitraria o injustificadamente discriminatoria, porque se pretende cohonestar la nueva configuración de las formas gestoras con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en entidades o empresas sujetas al derecho privado, en el bien entendido de que dicha integración no supone ningún plus adicional al estatuto laboral que antes poseía el personal integrado, que queda circunscrito al organismo que se configura como sucesor de la actividad, sin que se permita su acceso por vías excepcionales al empleo público de un determinado organismo o entidad.

e) Dicha integración no se considera contraria al derecho reconocido por el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública, pues no afecta a los que ya son funcionarios de carrera o personal laboral de la correspondiente Administración, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que, por carecer de justificación razonable, merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal[54].

f) En todo caso, la sucesión planteada no ha de implicar una actuación dirigida a sustraer, a funcionarios o al personal laboral de una Administración o de sus entes públicos preexistentes, puestos de trabajo determinados a cuya provisión habrían podido aspirar o posibilidades de carrera, que a todos los efectos se consideran simples expectativas que no han sido objeto de la determinación debida, con lo que no se produce ninguna lesión concreta y actual de su derecho a la promoción profesional, sino, en todo caso, eventual y futura[55] [56].

54. SAN de 13 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013.

55. La opción planteada se suscita en torno a la discusión jurídica inducida por la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Anda-

(Nota 56 en página siguiente)

lucía. Esta Ley determinaba el régimen de integración del personal que se podía ver afectado por los procesos de reordenación de estructuras diseñados para el sector público de Andalucía. Aquí es preciso subrayar que se preveía la confluencia en las mismas entidades instrumentales de personal procedente de entidades públicas regidas por el derecho administrativo, y de personal procedente de sociedades mercantiles de capital público. Con esta integración se conseguía el acceso directo al empleo de unas entidades instrumentales públicas de personal contratado por sociedades privadas a través de la técnica de sucesión de empresas, un personal del que se dudaba hubiera accedido a su puesto a través de un proceso selectivo fundamentado en el principio de igualdad y mérito. De hecho, la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, decía lo siguiente: "El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público". Pues bien, estos procesos de integración se discutieron por diferentes asociaciones de funcionarios públicos, que plantearon que los decretos y protocolos de integración aprobados por la Junta de Andalucía suponían un ejercicio ilegal de funciones públicas por personas que no habían accedido al empleo público por los sistemas legalmente establecidos, una vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a funciones públicas y una postergación del personal de carrera, que habiendo accedido al empleo público en base a procedimientos fundamentados en el principio de igualdad y mérito, veían disminuidos sus derechos a la carrera profesional y a la provisión de puestos por la entrada de personas terceras ajenas al empleo público, lo que se consideraba una perturbación ilegitima en el ejercicio del derecho al cargo, con vulneración del derecho a ejercer funciones públicas en condiciones de igualdad. Esta línea argumental fue acogida en un primer momento por algunos pronunciamientos, de los que pueden ser una buena muestra las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, y de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, en las cuales se recalcaba el carácter excepcional y singular de los sistemas de integración de personal en el empleo público que no fueran de libre acceso, sistemas que además habían de estar autorizados expresamente por una ley básica del Estado, con lo que la subrogación directa de personal de las extintas sociedades mercantiles que se planteaba, acababa suponiendo que pasaran a integrarse en las plantillas de los distintos servicios personas concretas sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público. La línea que hemos expuesto más arriba se puede reconstruir a través de una lectura atenta de las SSTS de 21 de enero de 2013, ROJ: STS 483/2013, de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/3225, de 16 de septiembre de 2013, RJ/2013/7165, de 27 de enero de 2014, ROJ: STS 395/2014, de 26 de marzo de 2014, ROJ: STS 1145/2014, de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1502/2014, y de 16 de febrero de 2016, ROJ: STS 17 de febrero, ROJ: STS 714/2016. A tener en cuenta la STC 236/2015, de 19 de noviembre, que acaba pasando de puntillas sobre este proceso de integración con el argumento de que la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, no se pronuncia sobre los procedimientos y los criterios concretos de integración, que han de ser precisados a través de protocolos, advirtiendo que: "si en la configuración final del procedimiento de integración o en su aplicación se tomaran en consideración circunstancias incompatibles con los principios de mérito y capacidad o se produjeran acepciones o pretericiones *ad personam* o cualquier otra quiebra relevante que lleve a la preterición de un aspirante, tales irregularidades podrán ser denunciadas por quien se sienta afectado, llegado el caso recabando el amparo de este Tribunal".

56. Cuando el ente sucesor es una sociedad mercantil de capital público, las tesis expuestas se plantean con mucha más pulcritud, tal como se puede ver en la STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014, donde se dice que: a) La disposición adicional primera EBEP, no ha de impedir la aplicación del artículo 44 ET, porque lo que se regula en esta disposición son los principios rectores de acceso al empleo público y la subrogación

El planteamiento expuesto presupone un delicado y difícil equilibrio entre el necesario cumplimiento de las normas laborales y las directivas comunitarias, que pautan la transmisión de unidades productivas, y los principios de derecho público, que regulan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y mérito[57]. En cierta manera lo que se está proponiendo como pauta de coordinación es la permanencia de una unidad institucional ubicada en un entorno de derecho privado, propia del sucedido, y la transferencia de este complejo al ordenamiento jurídico del sucesor, con la intención última de mantener la estabilidad en el empleo, y de no desprenderse de elementos estructurales que puedan considerarse socialmente útiles e idóneos para la persecución de finalidades públicas.

De hecho, el fenómeno de la sucesión aplicable al campo de las personas jurídicas, especialmente en el sector público, revela características típicas y peculiares, verificándose a través del mismo el ingreso de un núcleo productivo o de una unidad institucional en un ordenamiento jurídico diverso al que pertenecía. De ahí que el traspaso consiguiente de las estructuras organizativas y de los medios humanos y materiales del ente sucedido comporte incorporar y conservar, durante un determinado tiempo y en cierto sentido, sectores del ordenamiento jurídico propios del ente o empresa anterior al sucesor[58].

no presupone dicho acceso, al quedar limitada la contratación del personal subrogado al estricto ámbito de la entidad sucesora; b) la condición de este personal será la de "personal laboral propio de la empresa", sin que pueda adquirir la condición de empleado público; c) la disposición adicional primera EBEP y su remisión al artículo 55 EBEP, se ha de interpretar en el sentido de que las sociedades mercantiles de titularidad pública han de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad y mérito, pero esto no ha de impedir que cuando estas sociedades pasen a prestar un servicio que venía siendo atendido por una entidad privada y se subroguen en su personal, queden exoneradas de las obligaciones que impone el artículo 44 ET; d) en consecuencia, la subrogación se produce con los mismos derechos que ostentaban en la anterior empresa y, por tanto, con la condición de trabajadores "fijos de plantilla", sin que pueda transformarse su contrato en otro sometido a la condición resolutoria de que el puesto de trabajo correspondiente sea cubierto por ulteriores procesos selectivos; de hecho, este pronunciamiento recalca que esta novación contractual no está prevista en ninguna norma de derecho público, y no está justificada por el hecho de que las sociedades mercantiles de titularidad pública hayan de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios de igualdad y mérito, porque la sociedad subrogada no procede a contratar personal, sino a subrogarse en la posición del anterior empresario por mandato expreso del artículo 44 ET.

57. De ahí que resulte perfectamente comprensible la demanda de regulación expresa de los supuestos de externalización e internalización de servicios públicos en los aspectos relacionados con el personal, que se plantean como un problema de política legislativa en Castillo Blanco, Federico, "Remunicipalización de servicios locales…", ob. cit., pp. 94-95.

58. Véase al respecto la reflexión de Vignocchi, Gustavo, *La successione tra enti pubblici*, Giuffrè Editor, Milán, 1956, pp. 31-50.

Esto explica la subrogación del personal laboral manteniendo los vínculos contractuales preexistentes, que deviene obligada por imperativo de la aplicación del artículo 44 ET y, sobre todo, por efecto directo de la Directiva comunitaria. Esto explica también que tal subrogación no presuponga una integración en el empleo público, integración que solo puede producirse a través de un proceso de selección en base a los principios de mérito y capacidad. De ahí que no resulte posible la atribución a dicho personal de la condición de empleado público, lo que en la práctica presupone la aparición de una segmentación específica de personal, como puede ser la de personal subrogado o personal procedente de una obligada subrogación por aplicación del artículo 44 ET, un personal que deviene el fruto de una operación que, recordémoslo, no puede ser calificada de ilegal, gratuita o discriminatoria a partir de los datos existentes.

Lógicamente a partir de aquí los problemas se reducen a dos cuestiones esenciales: la primera, cómo se va a producir la asimilación del personal al ordenamiento jurídico del ente sucesor, y la segunda, si la subrogación es en sí misma un punto de llegada o una situación que deba considerarse como un verdadero punto de partida.

La integración del personal en un entorno de derecho público a nuestro entender debería tener en cuenta las observaciones siguientes:

a) El artículo 44 ET demanda la conservación de la relación laboral preexistente, con lo que se entiende que el personal subrogado mantiene una especial vinculación con su propio tipo de contrato y con su puesto de trabajo, que puede figurar en un anexo de la plantilla presupuestaria y de la relación de puestos de trabajo[59].

b) Dichas plazas y puestos, que por sus especiales características no van a poder integrarse en los instrumentos de ordenación del personal preexistentes, deben continuar existiendo en la condición de "a extinguir" hasta su amortización con ocasión de vacante[60].

c) A este tipo de personal no se le pueden reconocer aquellos derechos y expectativas laborales que queden estrictamente vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial procedimiento de acceso en

59. SSTSJ de Andalucía, Granada, de 15 de julio de 2013, ROJ: STSJ AND 9136/2913, y de 14 de abril de 2014, ROJ: STSJ AND 3931/2014. De "situación individualizada" de algunas plazas y puestos de trabajo se habla en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de marzo de 2011, JUR/2011/270576.

60. De hecho, la STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015, nos dirá que los trabajadores de nueva contratación no han de verse afectados por el sistema de derechos y obligaciones de los trabajadores sucedidos y por sus particulares marcos convencionales, rigiendo a todos los efectos las condiciones de trabajo existentes en la empresa absorbente antes o después del proceso de sucesión.

condiciones de igualdad y mérito al empleo público, lo que implica que su horizonte de carrera, provisión de puestos y movilidad ha de quedar circunscrito al ámbito estricto de la unidad transmitida, y a la estructura de puestos de trabajo en la que se desarrollaban sus funciones en la situación anterior.

d) El personal subrogado mantiene los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social que pudieran existir en el momento de la integración, es decir, los que en ese momento se hubieren consolidado y adquirido, sin que dicha subrogación alcance de ningún modo a las meras expectativas legales o futuras[61].

e) Los trabajadores transferidos conservan las condiciones más beneficiosas que hayan podido adquirir por una voluntad inequívoca del empresario anterior y que resulten incorporadas al correspondiente nexo contractual, en el bien entendido de que una eventual colisión entre condiciones más beneficiosas y normas derivadas de la regulación del empleo público no resulta suficiente para eliminar el juego de las instituciones laborales que consagran el mantenimiento de los derechos contractuales preexistentes[62].

En cualquier caso, conviene recordar que el artículo 44.4 ET previene que: "Salvo pacto en contrario, establecido mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores una vez consumada la sucesión, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuera de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida". De hecho, dicho precepto transpone el artículo 1.3 de la Directiva 2001/23 CE, donde se dispone que: "después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismo términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio".

Por tanto, la normativa nacional y la comunitaria recogen una regla general, un límite temporal y una excepción que respetar en el momento de la transmisión, formulados de la manera siguiente:

61. STS de 27 de octubre de 2005, RJ/2005/9933: más explícitamente la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2010, AS/2010/2676. Para una actualización de esta doctrina, las SSTS de 12 de abril de 2011, ROJ: STS 2279/2011, y de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015.

62. STS de 3 de febrero de 2016, ROJ: STS 907/2016.

a) La regla general es que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión se han de continuar rigiendo por el convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la transmisión[63].
b) El límite temporal es hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable a la unidad transmitida. En principio, se trata de dos términos resolutorios de carácter alternativo, de forma que la finalización de la obligación de mantener las condiciones previstas en el convenio se producirá cuando se cumpla cualquiera de ellas[64] [65].
c) La excepción es el pacto en contrario que se haya podido establecer una vez se haya consumado la sucesión mediante un acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores[66].

63. Los instrumentos convencionales que se aplicarán serán los que resulten vigentes en el momento de la transmisión. Aquí es importante destacar que la STSJUE de 9 de marzo de 2008, C-499/2004, ha rechazado la vinculación del empresario sucesor al carácter dinámico de las cláusulas de un convenio colectivo, con lo que no existe la obligación de asimilar o modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por un nuevo convenio que suceda al anterior o por una adaptación del mismo. En el mismo sentido, la STS de 26 de diciembre de 2013, ROJ: STS 6672/2013.

64. Dada la normativa española sobre ultraactividad de las normas colectivas, aquí resulta de interés la STSJUE de 11 de septiembre de 2014, C-328/2013, en la que se deja entender que las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo mantienen sus efectos sobre las relaciones de trabajo que estaban directamente sometidas a dicho instrumento convencional antes de su denuncia, y por tanto, antes de la pérdida de su eficacia jurídica, siempre que dichas relaciones de trabajo no se sometan a un nuevo convenio colectivo o no se haya llegado a un acuerdo individual con los trabajadores afectados.

65. A tener en cuenta que, como personal diferenciado de naturaleza laboral, nada impide que la entidad pública empleadora de los mismos negocie un convenio específico para ellos, tal como se recuerda en Alfonso Mellado, Carlos L., "La reversión a la gestión directa…", ob. cit., p. 44.

66. En todo caso, el pacto en contrario es un producto de la negociación colectiva que tiene la naturaleza de un acuerdo de empresa, para el que no se ha previsto un procedimiento específico de negociación. De hecho, sus posibles finalidades marcan los límites de sus contenidos, ya que su función no es regular condiciones de trabajo, sino clarificar las existentes a través de medidas provisionales que permitan la integración. Por tanto, se admite que dicho pacto pueda facilitar la sustitución de forma definitiva del convenio de la unidad transmitida por el existente en la unidad de recepción, pero de la misma forma también se admite que se pueda acordar su mantenimiento indefinido, tal como se puede ver en la STS de 31 de marzo de 2015, ROJ: STS 2621/2011. De ahí que pueda afirmarse que este tipo de pacto resulta ser fundamentalmente un acuerdo de fijación que tiene como finalidad aportar seguridad jurídica al proceso de sucesión, sin que en ningún caso pueda alterar o modificar a peor las condiciones de trabajo existentes en la unidad objeto de transmisión, tal como se dice en la STS de 9 de marzo de 2015, ROJ: STS 1436/2015.

En todo caso, la continuidad del marco convencional anterior es únicamente aplicable a los trabajadores afectados por el traspaso, pero no tiene ninguna consecuencia sobre el personal laboral o funcionario que pueda existir en el organismo receptor. De ahí que pueda darse perfectamente una situación de pluralidad de marcos convencionales en una misma unidad institucional con ámbitos propios de aplicación, lo que sin duda impide su colisión. La posible coexistencia de diferentes regímenes jurídicos para los trabajadores de una misma entidad, según hayan sido subrogados o contratados directamente, no presupone una vulneración del principio de igualdad. De hecho, la única obligación que se deriva del artículo 44 ET es la de garantizar a los trabajadores subrogados la conservación, en su integridad, de las condiciones laborales derivadas del convenio anterior, sin que exista ningún precepto que demande que después de una sucesión los derechos de los trabajadores integrados se hayan de extender a los derechos que puedan detentar los trabajadores del organismo sucesor[67].

La subrogación del personal de la unidad institucional gestora de un determinado servicio público es un punto de llegada en la aplicación del ordenamiento laboral, y un necesario punto de partida para la aplicación del ordenamiento administrativo que pauta las relaciones laborales propias de los entornos públicos. A mi juicio, la Administración tiene la obligación de ajustar sus relaciones laborales a los tipos establecidos en el sistema de empleo público, y de procurar el acceso a los mismos a través de los principios de igualdad y mérito, aunque se pueda tener en cuenta y respetar la antigüedad del personal laboral que haya sido sucedido. Ello exige la incorporación de las correspondientes plazas a las ofertas públicas pertinentes, y la celebración de las convocatorias de las que vendrán a sustituir a las ocupadas por los trabajadores sucedidos, que tendrán de esta manera la posibilidad de consolidar su posición como empleados públicos. Ello presupone también que, en caso de no superación de estos procesos por el trabajador subrogado, se proceda a un redimensionamiento de efectivos y a los correspondientes despidos por causas organizativas.

En esta dirección, hay que tener en cuenta las circunstancias siguientes:

a) Lo que la legislación nacional y la Directiva comunitaria prohíben es que la sucesión por sí misma pueda ser causa de finalización de los contratos o de modificación de las condiciones de trabajo, sin

67. Una doctrina que se mantiene en la STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 4840/2015. Al respecto, Roldán Martínez, Aránzazu, "Nuevos problemas interpretativos en torno a la aplicación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo en los casos de sucesión de empresas", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 42, 2016, pp. 77-81.

que ello impida al sucesor redimensionar su plantilla cuando dichas medidas se encuentren amparadas en una causa independiente del hecho mismo de la sucesión[68].

b) La disposición adicional decimosexta ET prevé el despido por causas organizativas en el sector público y recuerda que tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto[69].

c) Los procesos de reestructuración de servicios públicos pueden dar lugar a una causa objetiva de despido que opera en función de las circunstancias acreditadas después de la producción de cada situación, circunstancias organizativas que sirven de soporte a la extinción de los pertinentes contratos de trabajo, para evitar situaciones de duplicidad o redundancia de funciones que pueden darse en la estructura de un determinado organismo público[70].

d) En nuestro ordenamiento laboral la revisión del régimen de ingresos, ascensos y cobertura de vacantes puede habilitar una causa de índole técnica y organizativa que permita la adopción de medidas objetivas, resultando una decisión idónea para mejorar la productividad empresarial a través de la adecuación de su capital humano, con lo que la adopción de un modelo de selección basado en un principio de igualdad y mérito, que pretenda mejorar el nivel profesional y la eficacia de un servicio en interés público, legitimaría una causa autónoma de despido o de modificación de condiciones de trabajo[71].

La formulación que se analiza intenta armonizar las posibles soluciones en presencia que no aparecen organizadas en la legislación de referencia. La posible coordinación de los principios que han de ser objeto de conciliación demanda, por un lado, el respeto a las relaciones laborales en que se subroga

68. Tal como se dice en Serrano Oliver, Raquel, "Modificación sustancial de condiciones de trabajo y transmisión de empresa: la extraña pareja", *IUSLabor*, n.º 2, 2015, p. 8, que cita al efecto la SAN de 9 de julio de 2014, ROJ: SAN 3066/2014.

69. La STS de 23 de mayo de 2014, ROJ: 3404/2014, nos recuerda que no existe igualdad en el momento del despido entre trabajadores contratados sin cubrir las exigencias que la Constitución requiere para el ingreso en el empleo público, como es que el acceso se produzca a través de un procedimiento sujeto a las exigencias de igualdad, mérito y capacidad, y los trabajadores que han accedido respetando dichos principios.

70. STS de 28 de enero de 2015, ROJ: STS 997/2015.

71. Especialmente en aquellos procesos de fusión en los que coincide en las mismas estructuras orgánicas personal de diversas procedencias, tal como se puede ver en la SAN de 27 abril de 2014, ROJ: SAN 1406/2016.

la Administración, y, por otro lado, el mantenimiento del principio de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, de tal manera que, partiendo de la obligada subrogación de personal, se imponga la realización de los correspondientes procedimientos selectivos a los trabajadores que, vinculados con las entidades sucedidas, pretendan su acceso al empleo público, lo que implica acudir a las vías ofrecidas por la legislación para la extinción de la relación de aquellos que no superen las pruebas de aptitud requeridas para tal acceso, pues extinguir de forma sobrevenida por estas razones dichas relaciones laborales, no supone desconocimiento de la subrogación misma. Sencillamente, la Administración sucesora no puede desentenderse sin más de estos trabajadores o novar sus contratos, pero tampoco puede mantener esa relación laboral indefinidamente sin ajustarse a las reglas del empleo público, o lo que sería peor, permitir su conversión en un extraño tipo de empleo público sin tener en cuenta los principios que guían el proceso de acceso, promoción y carrera en las organizaciones del sector público[72].

72. Resulta altamente recomendable una lectura atenta de la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, donde se analizan las distintas opciones existentes para una posible coordinación de los bloques normativos en presencia.

“Remunicipalización” de servicios locales y competencia

Anna Colomé i Nin
Técnica de la Dirección General de la Autoritat Catalana de la Competència

Susanna Grau i Arnau[1]
Jefa del Área de Instrucción de Expedientes de la Dirección General de la Autoritat Catalana de la Competència

1. **Delimitación conceptual: ¿de qué hablamos y por qué lo hacemos?**
2. **Impacto de las decisiones municipales sobre prestación de servicios en las condiciones de competencia en el mercado**
   - 2.1. Régimen de prestación: monopolio *versus* libre concurrencia
   - 2.2. Forma de gestión: directa *versus* indirecta
     - 2.2.1. Consideraciones generales
     - 2.2.2. Aspectos a valorar en la toma de decisión sobre la forma de gestión
     - 2.2.3. Algunas recomendaciones en el marco de las licitaciones públicas
     - 2.2.4. Cooperación horizontal y vertical en materia de servicios locales
   - 2.3. Efectos sobre la competencia en función del régimen de prestación y la forma de gestión escogidos
   - 2.4. Ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales
3. **La LRSAL y el ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales desde el punto de vista de la competencia**
   - 3.1. Introducción de un análisis de competencia en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (art. 86.1 LRBRL)
   - 3.2. Limitación de los servicios o actividades que pueden ser prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LRBRL)

Artículo recibido el 29/12/2016; aceptado el 01/02/2017.

1. Las consideraciones y los comentarios de las autoras recogidos en esta publicación son responsabilidad exclusiva de las mismas. No reflejan ni comprometen las posiciones presentes o futuras de la institución en la cual prestan servicios.

3.3. Informe de la autoridad de competencia para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)

4. Informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)

4.1. Procedimiento

4.2. Precisión de los supuestos en los que procede la solicitud de informe

4.3. Preparación del expediente de municipalización, desde una óptica de competencia, por parte del ente local

5. Conclusiones

Resumen

El propósito de este artículo es tanto ofrecer la visión de la política de competencia en los procesos de "remunicipalización" de servicios públicos en el ámbito local, en el marco de la intervención que estas autoridades tienen normativamente encomendada (*ex* art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local), como, de manera más general, señalar las implicaciones en términos de política de competencia de las decisiones de las Administraciones locales relativas: (i) al régimen de prestación de los servicios públicos (monopolio *vs.* concurrencia); (ii) a la concreta forma de gestión de los servicios públicos (gestión directa *vs.* indirecta), así como (iii) al ejercicio de la iniciativa económica de las entidades locales. En particular, este trabajo pretende hacer énfasis en la importancia de que estos procesos decisorios no obvien el análisis de competencia, a fin de evitar sacrificios injustificados en este ámbito que nos alejen de la eficiencia y que, por tanto, dificulten poder disponer de servicios públicos de calidad, de manera sostenible y fiable, al menor coste posible.

Palabras clave: *competencia; entidades locales; gestión directa; iniciativa económica; neutralidad competitiva; servicios esenciales reservados; servicios públicos; remunicipalización*.

"Remunicipalization" of local services and competition law

Abstract

This article offers some insights into the process of "remunicipalization" of public local services from the perspective of completion law in the context of the powers assigned to local entities (ex art. 97.2 Royal Decree Law 781/1986, of 18 April, as amended by Law 27/2013, of 27 December, on Rationalization and Sustainability of local administrations) but also, in general terms, the article points out the implications of public administrations decisions on competition law in relation to: (i) the framework of public services (monopoly vs. free concurrence); (ii) the forms to manage public services (direct management vs. indirect management); and (iii) the exercise of the own economic initiative of local entities. In particular, this article emphasizes that all these decision-making processes should take into account the analysis from the point of view of competition law in order to avoid unjustified burdens in this matter which can lead to inefficiencies and low quality services.

Keywords: competition law; local entities; direct management; economic initiative; competition neutrality; essential public services reserved; public services; remunicipalization.

1
Delimitación conceptual: ¿de qué hablamos y por qué lo hacemos?

A lo largo de los últimos años se ha observado un interés creciente en la llamada "remunicipalización" de determinados servicios locales, interés que se contrapone a la priorización, generalizada durante un largo período de tiempo, de las formas de gestión indirecta a través de diversas fórmulas de colaboración público-privada para la prestación de dichos servicios. Este debate se ha producido también en otros ámbitos de la actividad prestacional de la Administración, por ejemplo, en aquellos de competencia autonómica como la sanidad; sin embargo, en este trabajo nos centraremos en las implicaciones de esta cuestión a nivel local.

A pesar de que el término utilizado para describir el fenómeno puede inducir a confusión sobre su significado exacto, puesto que la titularidad (y, por lo tanto, la responsabilidad) del servicio siempre ha sido del ente local, **"remunicipalizar" significa esencialmente "reinternalizar" el servicio**

público local, es decir, recuperar la gestión por parte de los entes locales de aquellos servicios que vienen prestándose de forma indirecta por parte de la iniciativa privada. Por tanto, cuando hablamos de "remunicipalización" nos estamos refiriendo a un proceso de cambio de la forma de gestión de los servicios públicos locales, pasando de una gestión indirecta a una gestión directa[2].

Pero, ¿a qué se debe este cambio de tendencia? A pesar de que en algunos casos ha coincidido con un cambio en la configuración política –y en muchos casos también ideológica– de las corporaciones locales, cuestiones de eficiencia han sido puestas de manifiesto a la hora de valorar la conveniencia y oportunidad de plantearse una vuelta a la gestión directa de determinados servicios e iniciar un proceso de remunicipalización.

En este sentido, por un lado, algunos informes han puesto de manifiesto –en ciertos casos y bajo ciertas condiciones– la ineficiencia y la existencia de problemas derivados de una gestión indirecta por parte de operadores privados[3], y, por el otro, hemos visto cómo algunas experiencias de recuperación de la gestión directa de determinados servicios han demostrado que este tipo de gestión puede ser factible y preferible en determinados casos (por motivos de eficiencia, calidad del servicio o participación ciudadana)[4].

2. "Remunicipalizar no supone, por tanto, crear un nuevo servicio público, ni evitar la privatización –en el sentido de devolver esta actividad a un régimen de mercado– de un determinado servicio público. Al remunicipalizar tan solo se actúa sobre la forma de gestión de un servicio que en tanto tal permanece inalterado. No estamos ante un proceso en virtud del cual servicios privatizados vuelvan a ser declarados servicios públicos y, por tanto, se produzca una nueva asunción por parte de la Administración de la garantía de la prestación de un servicio que se había devuelto al mercado. Esta garantía, la condición de prestación de un servicio público, no había desaparecido. Lo que se modifica es el cómo se lleva a cabo la prestación de un servicio que no ha dejado de ser un servicio público, aunque su gestión se haya encomendado a un sujeto privado". Tornos Mas, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.

3. En este sentido, se puede hacer mención del Informe núm. 1010, de "fiscalización del sector público local, ejercicio 2011", del Tribunal de Cuentas (2013), que ha concluido que en los ayuntamientos con una población situada en el tramo comprendido entre 5001 y 20 000 habitantes, el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable ha resultado más costoso cuando su provisión se ha atendido mediante contratación pública que en aquellos otros casos en los que se ha encomendado a sus propios medios; o del Informe de la Universidad de Greenwich y otros, "Llegó para quedarse. La remunicipalización del agua como tendencia global" (2014).

4. En este sentido se ha manifestado Ponce Solé, J., en "Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), núm. 40, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2016.

Ilustración núm. 1

Algunos de los motivos por los que se debate acerca de la remunicipalización

Tradicionalmente se ha asociado a la gestión privada de los servicios públicos...

- Profesionalidad de la gestión del servicio (menores obstáculos y mayores incentivos a establecer mecanismos de gestión que potencian la eficiencia)
- Aprovechamiento de las economías de escala
- Capacidad de inversión
- Flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de la gestión
- Agilidad en la toma de decisiones
- Decisiones no ligadas al corto plazo o al ciclo electoral
- Introducción de competencia en la fase de acceso al mercado (situación que ha de propiciar la introducción de eficiencia)

... sin embargo, actualmente la gestión privada es cuestionada por:

- Discutible calidad de los servicios
- Fraude en los procesos de licitación pública (corrupción y comportamientos anticompetitivos de los operadores)
- Exiguo poder negociación del ente local frente a grandes corporaciones que asumen la gestión del servicio público (problema de dimensión de las organizaciones)
- Limitada capacidad de supervisión y control sobre la prestación del servicio por parte de los entes locales, a pesar de ser los titulares del servicio
- Coste del servicio (retribución del gestor, coste del proceso de licitación, etc.)
- Insuficiente sensibilidad ciudadana
- Escasa transparencia en la gestión del servicio

Sin embargo, para que pueda remunicipalizarse un determinado servicio local (por ejemplo, el abastecimiento domiciliario de agua potable o la recogida de residuos urbanos) es condición *sine qua non* que previamente se haya producido la municipalización del mismo. Así, según la doctrina administrativa, **"municipalizar" significa asumir por parte del ente local la efectiva prestación de un servicio público y, en consecuencia, la responsabilidad de su prestación**, excluyendo la iniciativa privada de este ámbito; supone **el establecimiento o la creación de un servicio público local en régimen de monopolio**. Una vez municipalizado el servicio, el ente local deberá optar entre una forma de gestión directa (por él mismo) o indirecta, a través del encargo a operadores privados.

Tal como indica Tornos (2016), al municipalizar se admite que el municipio puede llevar a cabo una actividad pública de contenido económico si decide prestar directamente el servicio, si bien esta actividad económica está vinculada a la prestación de servicios públicos.

Cabe recordar que el artículo 128.2 de la Constitución reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, y establece además que mediante norma con rango de ley pueden reservarse al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en casos de monopolio. Así pues, por un lado, se reconoce constitucionalmente la capacidad de las Administraciones de desarrollar actividades económicas, como un sujeto más al que el orde-

namiento jurídico atribuye iniciativa para ello, y, por el otro, se les reconoce la facultad de prestar determinados servicios (los que les son legalmente reservados) en régimen de monopolio[5].

A nivel local, el contenido de este precepto constitucional se concreta en el artículo 86 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), el cual establece los requisitos básicos para el ejercicio de la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas. En este sentido, la actividad económica de los entes locales necesariamente debe estar vinculada a su ámbito competencial, por lo que habrá de acudirse a los artículos 25 y 26 de esta misma Ley para poder determinar la tipología de servicios o actividades económicas que pueden y, en algunos casos, deben ser prestados a nivel local.

Por un lado, el artículo 25.1 LRBRL vincula la prestación de servicios al concepto de utilidad pública de los mismos, disponiendo que "el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover actividades y prestar servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal en los términos previstos en este artículo". En el apartado 2.º se detallan los ámbitos en los que se reconoce competencia municipal[6]; por otro lado, el artículo 26.1 LRBRL establece un listado de servicios de obligatoria prestación por parte de todos los municipios, en función de su número de habitantes, los cuales se configuran como servicios locales mínimos[7].

Asimismo, también de conformidad con el artículo 128.2 de la Constitución, el artículo 86.2 LRBRL reserva a los entes locales la posibilidad de prestar en régimen de monopolio, es decir, excluyendo la iniciativa privada de ese ámbito, determinados servicios o actividades esenciales: "Se declara

5. El artículo 103 de la Constitución, de aplicación general a toda actividad administrativa, condiciona el ejercicio de la iniciativa pública en la economía al cumplimiento de finalidades de interés general. Así, tal como manifestó la Sala 3.ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de octubre de 1989, la iniciativa pública en la economía está condicionada, por un lado, por el cumplimiento de las finalidades de interés general a las que toda Administración debe servir, y, por el otro, por el respeto a la libre competencia, que impone que los operadores públicos se sometan a las mismas cargas que afectan a los privados y a sus mismos riesgos, sin disfrutar de ningún tipo de privilegio.

6. Por ejemplo, urbanismo, medio ambiente urbano, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación de aguas residuales, cementerios y servicios funerarios, promoción del deporte, etc.

7. Así, son de obligatoria prestación en todos los municipios los siguientes servicios: alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población y pavimentación de las vías públicas.

la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios".

En resumen, los entes locales solo pueden prestar en régimen de monopolio, la opción más restrictiva de la competencia, los servicios o las actividades esenciales previstos en este artículo o los que se establezcan mediante norma de rango legal; el resto de actividades económicas deberán desarrollarse en régimen de libre concurrencia, es decir, siguiendo las reglas de mercado.

Llegados a este punto es importante recordar que la normativa comunitaria[8] no impone un determinado régimen o forma de gestión de los servicios públicos; no prejuzga ni prioriza la opción privada *versus* la pública, pero sí que es exigente con el respeto y cumplimiento de las normas de competencia[9]. Son pocas las excepciones al principio de libre competencia admisibles por el derecho comunitario, por lo que en el ámbito de los servicios locales, al igual que en otros ámbitos, solo serían aceptables aquellas restricciones a la competencia estrictamente necesarias para la consecución de objetivos de interés general.

Es evidente que el debate sobre la remunicipalización de los servicios locales interesa, y mucho, a las autoridades de competencia. Más allá de la intervención de estas autoridades prevista normativamente (*ex* art. 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local) en los procedimientos decisorios de los entes locales relativos a la prestación de determinados

8. Para un análisis detallado sobre la incidencia del derecho comunitario en los procesos de remunicipalización, véase Gimeno Feliu, J. M.ª, "Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.

9. Artículo 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: "Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión".

servicios en régimen de monopolio (cuestión que se tratará en este artículo), **las decisiones relativas tanto al régimen de prestación y a la concreta forma de gestión de los servicios públicos como al ejercicio de la iniciativa económica local presentan importantes implicaciones en términos de política de competencia**. De hecho, solo en atención a la gran cantidad de servicios que ofrecen los entes locales, es evidente que **la actividad prestacional de los mismos puede tener un gran impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado; por ello, es importante que en proceso decisorio los entes locales tomen también en consideración la variable "competencia".**

Y ello es así porque **la competencia persigue** la eficiencia en la asignación de los recursos en el mercado en beneficio del consumidor, lo que debe traducirse **en el ámbito de los servicios públicos locales en poder disponer de servicios de calidad, sostenibles, fiables y al menor coste posible**.

2
Impacto de las decisiones municipales sobre prestación de servicios en las condiciones de competencia en el mercado

Como hemos señalado, las decisiones adoptadas por los entes locales relativas a la prestación de los servicios cuya responsabilidad tienen encomendada, o a la realización de actividades económicas en base a su iniciativa económica, no son neutras en términos de competencia. Tanto la decisión relativa al régimen de prestación (monopolio *versus* libre concurrencia) como la relativa a la forma de gestión del servicio (directa, por el propio ente local, *versus* indirecta, haciendo uso de las formas de gestión previstas en la normativa de contratación del sector público) inciden en mayor o menor medida en las condiciones de competencia del mercado en que se desarrolla dicha actividad prestacional.

A continuación se analizan dichas implicaciones. Sin embargo, con carácter previo, cabe recordar que la decisión sobre el régimen de prestación está condicionada por el hecho de que uno u otro régimen (monopolio o libre concurrencia con el sector privado) no son completamente alternativos; solo en los casos previstos por la legislación los entes locales podrán realmente optar, ya que la prestación en régimen de monopolio solamente está prevista para los llamados servicios o actividades esenciales, actualmente limitados al abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros,

de conformidad con el artículo 86.2[10] LRBRL. Para el resto de servicios locales, el único régimen previsto es el de libre concurrencia con el sector privado.

2.1
Régimen de prestación: monopolio *versus* libre concurrencia

La primera de las decisiones (prestación en régimen de monopolio o en libre concurrencia) es de vital importancia desde una óptica de competencia, puesto que de ella **dependerá la existencia o inexistencia de competencia en el mercado**, es decir, la existencia o no de múltiples operadores (públicos y privados) que rivalicen en la prestación del servicio o la ejecución de la actividad de que se trate. En este sentido, hay que tener presente que **el juego de la competencia también es importante en el ámbito de los servicios y las actividades económicas locales, puesto que la competencia, a través de los mecanismos de oferta y demanda, no persigue otro objetivo que la eficiencia en la asignación de recursos en beneficio del consumidor, propiciando mayor variedad y cantidad de oferta, precios más bajos, más innovación y mayor calidad, entre otros.**

Si se opta por la prestación del servicio o de la actividad en régimen de libre concurrencia, el ente local (independientemente de la forma de gestión adoptada) se convierte en un prestador que compite, en igualdad de condiciones, con la iniciativa privada, de modo que el ciudadano puede optar por una pluralidad de prestadores. En cambio, cuando se produce una reserva monopolista, los servicios se prestan por la Administración, directa o indirectamente, en régimen de exclusiva, negando la libertad de empresa a la iniciativa privada en el mercado afectado por dicha reserva.

Desde una óptica de competencia, la decisión relativa a la prestación de un servicio en régimen de monopolio o en concurrencia con la iniciativa privada es, como hemos dicho, de vital importancia, puesto que la primera opción (monopolio) constituye la restricción a la competencia más importante que puede producirse por parte de un ente público (local, en este caso). En una **situación de reserva monopolista, desaparece la posibilidad de**

10. Este mismo apartado 2 del artículo 86 LRBRL prevé que tanto el Estado como las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante norma con rango de ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. Al respecto señalar que en Cataluña no se ha producido una reserva adicional para otro tipo de actividades o servicios, por lo que la prestación en régimen de monopolio se limitará a los casos contemplados en el artículo 86.2 LRBRL.

inducir el juego de la competencia, ya que la entrada de operadores distintos al legalmente establecido ha quedado vedada; estaríamos, en definitiva, ante una situación de no competencia.

Por tanto, en general, **la recomendación en términos de competencia es clara: siempre que puedan prestarse los servicios públicos en régimen de libre concurrencia deberá evitarse la prestación en régimen de monopolio**.

Sin embargo, ¿existen supuestos o situaciones en que podría estar justificado, desde una óptica de competencia, el establecimiento de un régimen de monopolio?

En este sentido, se ha demostrado que **no en todos los supuestos la mejor opción es siempre el libre mercado**. Hablamos, esencialmente, de situaciones en que existe un **fallo de mercado**: cuando el mercado no es capaz, por sí mismo, de proveer de manera adecuada determinados bienes y servicios, muy probablemente estará justificado acudir a un régimen de monopolio para la prestación de un servicio o la realización de una determinada actividad económica. En el caso de los servicios locales, los principales fallos de mercado detectados serían, básicamente: (i) la existencia de **externalidades**, esto es, consecuencias derivadas de la actividad económica que afectarían a personas distintas a las que realizan la actividad en cuestión y que no tendrían reflejo en los precios de los servicios producidos (pueden ser positivas[11] o negativas[12]), y (ii) las **asimetrías informativas**, es decir, casos en que las partes participantes en una determinada transacción no poseen la misma información sobre determinadas variables (precio, cantidades a producir u otras condiciones comerciales) que son importantes para que el usuario pueda tomar una correcta decisión sobre el servicio en cuestión. Asimismo, puede ocurrir que sea imprescindible la toma en consideración de **determinados criterios de eficiencia** a la hora de proveer determinados servicios, o que la estructura del mercado responda a un **monopolio natural** (por ejemplo, la gestión del ciclo del agua), por lo que el establecimiento de un régimen de monopolio, que atribuya a un único operador (público o privado, como veremos más adelante) la prestación del servicio o la explotación de una actividad en exclusiva, probablemente constituya la mejor forma de prestación. En cualquier caso, habrá que realizar una tarea

11. En general, se trata de los efectos beneficiosos que puede tener sobre terceros (empresas o particulares) la prestación de determinados servicios o actividades económicas.

12. En cambio, cuando hablamos de externalidades negativas nos estamos refiriendo a los costes que la realización de determinada actividad económica comportaría para los terceros ajenos a la misma (por ejemplo, la contaminación causada por un determinado operador).

de identificación y análisis de dichos fallos, puesto que la determinación de si una actividad se presta mejor de un modo u otro debe valorarse caso a caso.

Finalmente señalar que, en relación con la prestación en régimen de monopolio, en términos de competencia sería conveniente que **el monopolio no abarcara más prestaciones o actividades que las estrictamente necesarias para el correcto cumplimiento del servicio público en cuestión**, de modo que aquellas actuaciones no necesariamente vinculadas a este servicio continuaran abiertas a la competencia entre operadores[13]. Sin duda alguna, ello redundaría en beneficio de los consumidores y usuarios de los servicios públicos.

2.2
Forma de gestión: directa *versus* indirecta

2.2.1
Consideraciones generales

Una vez tomada la decisión anterior (monopolio o libre concurrencia con el sector privado), el ente local deberá determinar cómo gestiona efectivamente el servicio: directamente, es decir, por el propio ente local, atendiendo a las formas previstas para ello en la legislación de régimen local[14], o indirectamente, mediante el encargo al sector privado[15].

13. Por ejemplo, cuando se declara la prestación en monopolio del servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, con independencia de que la gestión sea directa o indirecta, determinadas prestaciones, como la realización de obras de extensión de la red o de determinadas acometidas, conservación y mantenimiento de contadores, etc., podrían ser realizadas por otros prestadores de servicios en régimen de competencia, estableciendo para ello un régimen de reglamentación y especificación técnica adecuado.

14. El artículo 85.2 LRBRL establece como formas de gestión directa las siguientes: a) gestión por la propia entidad local; b) organismo autónomo local; c) entidad pública empresarial local, y d) sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

15. El mismo artículo 85.2 LRBRL remite a la legislación de contratos del sector público para la determinación de las formas de gestión indirecta. Así, el artículo 227 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), dispone que: "La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura; b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato; c) Concierto con la persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate; d) Sociedad de economía mixta en la que

Dicha decisión también es importante en clave de competencia, ya que **la decisión relativa a la forma de gestión (directa o indirecta) condiciona el tipo de competencia existente en el sector**; hablamos en este caso de **competencia POR el mercado**, que sustituye a este nivel a la **competencia EN el mercado**. Esta última implica la concurrencia de distintos operadores, públicos y/o privados, que rivalizan en la prestación del servicio o la realización de la actividad de que se trate; en cambio, la competencia por el mercado se refiere a la concurrencia o rivalidad de los operadores para obtener el derecho a explotar o gestionar unos servicios o actividades de manera exclusiva durante un período de tiempo determinado.

Por tanto, este tipo de competencia se produce en los supuestos de gestión indirecta y se excluye en los supuestos de gestión directa, en que quien presta el servicio (con independencia de la concreta forma escogida) es la propia Administración local:

a) En los supuestos de gestión indirecta, la competencia se produce en el momento de la licitación del contrato, en la que concurre una pluralidad de operadores con distintas ofertas de precio, calidad u otras características. Una vez adjudicado el contrato a un operador determinado, la competencia por el mercado desparece durante toda la vigencia del contrato, y no reaparece hasta que se produce una nueva licitación. Por estos motivos, en los supuestos de gestión indirecta cobra especial relevancia el procedimiento de licitación del contrato, que deberá ser lo más competitivo posible[16], ya que en caso de que se introduzcan en él elementos de distorsión, sus consecuencias negativas para la competencia persistirán durante toda la vigencia del contrato.

b) En cambio, en una gestión directa no existe competencia por el mercado, reduciéndose la tensión competitiva a la hora de prestar el servicio, lo que podría provocar una pérdida de incentivos a la eficiencia.

Aunque *a priori*, en términos de competencia, sería preferible optar por una gestión indirecta, ya que lleva asociado un mayor grado de competencia (los operadores rivalizan periódicamente para obtener el

la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas".

16. Procedimiento de licitación que debería ser diseñado de tal manera que permitiera la participación del mayor número posible de licitadores (por tanto, un mayor número de ofertas entre las que escoger), y minimizara las distorsiones a la competencia que pudieran producirse.

encargo de la Administración)[17]**, no necesariamente siempre es la mejor opción; en ocasiones los beneficios derivados de una gestión eficiente pueden ser superiores a los derivados del juego de la competencia, por lo que si la gestión directa se demuestra más eficiente habrá que optar por ella**.

De hecho, este concepto de eficiencia se recoge en el redactado vigente del artículo 85.2 LRBRL, al establecer un orden de preferencia entre las distintas formas de gestión directa de los servicios locales (aspecto no tratado en este artículo). Así, "solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) [entidad pública empresarial y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública] cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión".

En resumen, la eficiencia es clave de la cuestión; sin embargo, en ocasiones la opción de establecer una gestión directa se toma teniendo en cuenta criterios ajenos a la eficiencia. En este sentido, con frecuencia se esgrime la evitación de conflictos socio-laborales que se derivarían de la privatización (por ejemplo, racionalización de plantillas), o la voluntad de retener el control que implica la gestión directa del servicio por razones de imagen pública. Asimismo, también pueden influir otros factores, como el posicionamiento ideológico de los órganos decisorios del ente local, o la experiencia práctica de municipios cercanos en la gestión de un determinado servicio.

17. Tal como señala Espinosa García, J., en "Servicios públicos locales y competencia", en Guillén Caramés, J. (coord.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, 2011, pp. 197-219, "en principio, y con todas las matizaciones pertinentes cuando se realiza un ejercicio de generalización, la decisión de externalizar el servicio puede suponer un incremento de la eficiencia en su prestación, al menos por dos razones principales. En primer lugar, cabe suponer que las entidades privadas tienen menos obstáculos y mayores incentivos a establecer mecanismos de gestión que supongan importantes ventajas de costes en relación con la gestión pública, debido a su ánimo de lucro como primer elemento motivador de su actividad y a una mayor flexibilidad en la instrumentación jurídica y gerencial de dicha gestión. En segundo lugar, como se verá posteriormente, la externalización permite introducir competencia en la fase de acceso al mercado, y dicha competencia precisamente puede asegurar un mejor traslado de esas eficiencias y ventajas de costes a la prestación del servicio, mediante la puja entre distintos competidores por hacerse con él".

2.2.2
Aspectos a valorar en la toma de decisión sobre la forma de gestión

Pero ¿qué aspectos o variables concretas, desde una óptica de competencia, deberían ser tenidos en cuenta para decantarse por una gestión directa o indirecta?[18] Entre otros, se pueden destacar los siguientes:

- *Número suficiente de oferentes en el mercado interesados en la prestación del servicio.* Para decidir sobre la oportunidad de externalizar un servicio, es importante conocer si existe un número suficiente de oferentes dispuestos a competir efectivamente para resultar adjudicatarios de un determinado contrato. Esto es, debe existir competencia efectiva en la asignación del contrato; de lo contrario, no va a resultar adecuado acudir al mercado.
- *La calidad del servicio debe ser fácil de medir y es preferible que los servicios se deban financiar en gran parte por los propios usuarios de los mismos*. En caso de no cumplirse estas premisas va a resultar complicado acercarse adecuadamente al mercado para que preste el servicio.
- *Correcta distribución del riesgo e información abundante*. En el caso de acudir a una gestión indirecta debe nítidamente poderse: (i) establecer una adecuada asignación de riesgos; (ii) garantizar la transparencia de la relación público-privada durante la vida del contrato, y (iii) contar con una unidad –con experiencia y recursos suficientes– para controlar y supervisar el servicio que se ha contratado.
- *Inexistencia de elevados costes a la entrada y/o costes hundidos*. Unos costes iniciales muy elevados o importantes costes hundidos para la prestación del servicio –es decir, no fácilmente recuperables una vez finalizado el contrato– pueden comportar, en vista a nuevas licitaciones, la perpetuación de los operadores que prestan en la actualidad el servicio y, por tanto, el desincentivo de los potenciales interesados en participar y competir en un proceso para obtener la adjudicación de un nuevo contrato.
- *Posibilidad de conceder autonomía sobre los costes de la operación del servicio.* Cuando se concede un amplio grado de autonomía sobre los costes de la operación del servicio (por ejemplo, los cos-

18. Véanse Espinosa García, J., *op. cit.*; y Engel, E., Fischer, R. D. yGaletovic, A., *The Economics of Public-Private Partnerships*, Cambridge University Press, New York, 2014.

tes salariales), se favorece la presentación de ofertas competitivas que internalicen las eficiencias derivadas de una mayor capacidad de gestión, intensificándose la competencia en el acceso al servicio público de que se trate.

- *Limitación de la posibilidad de realizar modificaciones contractuales.* Las circunstancias susceptibles de poder alterar el contenido económico del contrato deben poder preverse y limitarse razonablemente. En este sentido, la modificación sobrevenida de las condiciones contractuales previamente pactadas supone una grave alteración de las condiciones de competencia en las que se produjo la licitación del contrato y, por lo tanto, el acceso a la gestión del contrato.

Si se verificaran tales circunstancias, probablemente la decisión más beneficiosa para el interés general sería la externalización del servicio. En caso contrario, las ventajas que normalmente se atribuyen a la gestión privada o indirecta serán probablemente menores.

2.2.3
Algunas recomendaciones en el marco de las licitaciones públicas

Si finalmente se opta por una gestión indirecta del servicio, desde una óptica de competencia, adquiere una extraordinaria importancia el diseño tanto del procedimiento de licitación en sí mismo como del contrato que finalmente se adjudique. Como hemos señalado, las consecuencias negativas para la competencia derivadas de la introducción de determinados elementos de distorsión en la licitación persistirán durante toda la vigencia del contrato. Por tanto, **para favorecer precisamente la competencia por el mercado, el procedimiento de licitación debería permitir la participación del máximo número de licitadores posibles, y minimizar los posibles riesgos de distorsión a la competencia que puedan darse**.

Para ello, dentro del margen que concede la normativa de contratación del sector público a las Administraciones Públicas, los entes locales deberían elegir aquellas opciones o variables que favorezcan la competencia en el momento de selección del operador[19]:

19. Atendida la importancia de la contratación pública en España, las autoridades de competencia, tanto estatal como autonómicas, han analizado profusamente los elementos propios del diseño de las licitaciones públicas a fin de recomendar aquellas opciones que resulten lo más procompetitivas posibles; entre otras –sin ánimo de exhaustividad– se puede hacer referencia a las siguientes publicaciones:

- *Tipo de procedimiento de adjudicación*. Cualquier medida que dificulte la participación de los operadores en la licitación será peor en términos de competencia; por ello, debería priorizarse el procedimiento abierto.
- *Publicidad verdaderamente efectiva de los anuncios de licitación.* La noticia de la licitación debería llegar a los potenciales interesados a fin de asegurar la mayor competencia potencial posible. Por ejemplo, además de los mecanismos de publicidad establecidos en la normativa de contratación pública, los entes locales también podrían hacer uso de las plataformas electrónicas de contratación administrativa.
- *Puesta a disposición de los licitadores de toda la información relevante, no solo de carácter técnico sino también económico.* El objetivo es que los licitadores puedan, efectivamente, presentar ofertas realistas y competitivas. Si la información relevante (por ejemplo, costes del servicio actual, flujos de demanda, etc.) solo es conocida por el prestador actual del servicio, este dispondrá de una ventaja competitiva que le permitirá presentar, ante una nueva licitación del servicio, la oferta mejor adaptada a la realidad pero sin a lo mejor ser la más eficiente.
- *Duración del contrato.* Los plazos que se establezcan deberían permitir la recuperación de las inversiones y obtener un beneficio sobre el capital invertido, evitando asimismo las prórrogas innecesarias del contrato. Solo así se limita el cierre de mercado que se

– la "Guía sobre Contratación Pública y Competencia" (2011), de la CNC, págs. 10 a 28.
(https://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Guias_y_recomendaciones/GUIA_CONTRATACION_v4.pdf);
– el Informe de la CNMC "PRO/CNMC/001/15-Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia" (2015), págs. 9 a 24.
(https://www.cnmc.es/Portals/0/Notas%20de%20prensa/201502_Informe_ContratacionPublica.pdf);
– el "Estudio sobre la contratación pública en la Comunidad Autónoma andaluza desde el punto de vista de la competencia" (2010), de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, págs. 14 a 17.
(http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/Estudio-contratacion-publica-final.pdf), así como
– las "Recomendaciones para facilitar el acceso y promover la competencia en el ámbito de la contratación pública andaluza" (2010), págs. 16 a 41.
(http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/RecomendacionesContratacionPublica.pdf).

produce con la adjudicación y, por tanto, la restricción a la competencia, al mínimo posible.

- *Establecimiento de criterios de solvencia económica y técnica proporcionados al objetivo que se persigue.* Es prioritario poder contar con un buen número de licitadores, por ello es necesario que el propio diseño de la licitación no limite injustificadamente el acceso de determinados operadores que podrían desempeñar perfectamente el servicio (en especial, los de pequeña dimensión).
- *Diversificación y fragmentación de los contratos.* Con la división de los contratos en lotes[20] se permite la participación de un mayor número de licitadores en el procedimiento y, además, adjudicados los lotes, existe una pluralidad de prestadores de servicios.
- *No discriminación entre nuevos operadores y operadores incumbentes.* En general, evitar el establecimiento de cláusulas que favorezcan o privilegien al operador que actualmente presta el servicio (por ejemplo, exigencia de determinada experiencia previa).

La aplicación de tales criterios en los procedimientos de licitación debería permitir al ente local beneficiarse de las ventajas derivadas de la competencia.

2.2.4
Cooperación horizontal y vertical en materia de servicios locales

En ocasiones, los entes locales celebran convenios de colaboración con otras Administraciones Públicas (cooperación horizontal o no institucionalizada) o recurren al encargo a medios propios (cooperación vertical o institucionalizada) para la gestión directa de determinados servicios locales. Ello supone la exclusión de la aplicación de la normativa de contratación pública en supuestos que, en ausencia de tales mecanismos para desarrollar una actividad en gestión directa, muy probablemente deberían recurrir a la gestión indirecta y, en consecuencia, licitar el contrato correspondiente, suscitando la competencia por el mercado. Por este motivo, **la utilización de estos mecanismos**

20. De hecho, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, prioriza la contratación por lotes. El artículo 46 de la misma impone la obligación de justificar cuando no se procede a la división en lotes de los contratos (apdo. 1, al que se le reconoce aplicabilidad directa desde el pasado 18 de abril de 2016), y prevé que los Estados miembros puedan hacer obligatoria la adjudicación de contratos en forma de lotes separados (apdo. 4).

por parte de los entes locales tiene importantes implicaciones en materia de competencia[21], más en los supuestos en los que podrían no cumplirse los requisitos establecidos para que opere la exclusión.

Respecto de los **convenios de colaboración**, el artículo 4.1 c) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) regula la posibilidad de que se celebren convenios entre Administraciones Públicas que queden excluidos de la aplicación de las normas de contratación pública. Dicha exclusión será factible solamente cuando el convenio en cuestión no tenga una naturaleza objetivamente contractual[22], por lo que es crucial determinar cuándo un convenio de colaboración entre dos Administraciones Públicas tiene carácter contractual y cuándo no lo tiene. En este sentido, señalar que la denominación que otorguen las partes al convenio es irrelevante a la hora de decidir si realmente se trata de un convenio de colaboración o de un contrato, debiendo estar a la naturaleza real y objetiva de lo convenido[23].

Son requisitos mínimos para considerar que existe un convenio de colaboración en el sentido de la exclusión de la normativa de contratación pública[24], esto es, sin naturaleza contractual: (i) que en él participen solo poderes adjudicadores y no haya presencia de capital privado; (ii) que se produzca una cooperación real en vista a la realización de una tarea común (misión o servicio público común), y (iii) que tal cooperación se rija únicamente en atención a consideraciones de interés público. Para la apreciación de tal elemento cooperativo en el desarrollo de una tarea común, pueden considerarse distintos elementos: por ejemplo, si existe un reparto de res-

21. Ver el Informe, de fecha 26 de marzo de 2015, de la *Autoritat Catalana de la Competència*, sobre el establecimiento, en régimen de monopolio, del servicio público de abastecimiento domiciliario de agua potable del municipio de Santa María de Oló (referencia OB 19/2015).

22. Art. 4.1 TRLCSP: "Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas: […] c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades públicas, las comunidades autónomas, las entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley".

23. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2004.

24. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06 Comisión/Alemania.

También ver el Documento de Trabajo de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores (cooperación en el sector público), de referencia SEC (2011) 1169, de 4 de octubre de 2011.

ponsabilidades, o, como mínimo, que la actuación de una de las partes constituya un "complemento específico" de las funciones de interés público de la otra parte[25].

Por tanto, en caso de ausencia de una verdadera cooperación entre Administraciones Públicas (cuando, por ejemplo, exista una asignación de tareas unilateral de una Administración a otra, o se retribuya más allá de los costes del servicio), un convenio de colaboración tendrá naturaleza contractual y, en consecuencia, deberá someterse a las normas de contratación del sector público, licitando el correspondiente contrato.

Respecto a las **encomiendas de gestión a medios propios**, en primer lugar señalar que han sido objeto de análisis detallado por parte de las autoridades de competencia[26]. Los medios propios y servicios técnicos de las Administraciones Públicas son entidades del sector público, de naturaleza administrativa o mercantil, que proveen determinados bienes y servicios a su Administración encomendante, de acuerdo con una relación administrativa de encomienda de gestión, no contractual, consecuencia del carácter interno o instrumental de dichas entidades[27]. Desde el punto de vista de la competencia, la principal característica de las encomiendas de gestión (el instrumento normativo previsto para realizar el encargo) a medios propios es su carácter directo, es decir, su sustracción de los procedimientos de licitación pública y, por tanto, de la concurrencia.

Cuando su utilización es extensiva puede generar riesgos para la competencia efectiva en los mercados; en palabras de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC)[28]: "El recurso a encomiendas de gestión, en particular cuando es sistemático, puede suponer condiciones menos ventajosas para las Administraciones demandantes de las que se derivarían de una licitación pública [por ausencia, básicamente, de tensión competitiva a la hora de fijar las condiciones de ejecución de las encomiendas], una limitación de la posibilidad de acceso o expansión a determinados mercados por

25. Ver conclusiones del Abogado General, de fecha 23 de enero de 2014, en el asunto C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH / Technische Universität Hamburg-Harburg*.

26. Ver, en este sentido, el Informe de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) "Los medios propios y las encomiendas de gestión: implicaciones de su uso desde la óptica de la promoción de la competencia", de 2013.

27. Como recuerda la CNC el citado Informe, el motivo detrás de su existencia tiene que ver con la necesidad o conveniencia que tienen las Administraciones de aprovisionarse de determinados bienes y servicios con excepcional rapidez, por la naturaleza particularísima de las prestaciones demandadas o por la ausencia de proveedores alternativos. Son, pues, operadores económicos que actúan en los mercados, si bien su cliente exclusivo o principal debería ser su Administración "matriz".

28. Actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

parte de operadores privados alternativos y una ruptura de la neutralidad competitiva en los bienes y servicios que estas entidades ofertan a otros demandantes, cuando ello sucede". **Esta circunstancia provoca que deban justificarse adecuadamente tanto la necesidad como la proporcionalidad de hacer uso de este mecanismo, además de cumplirse escrupulosamente los requisitos que permiten su exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública**.

Así pues, el artículo 4.1 del TRLCSP excluye del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública "los negocios en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación". De conformidad con las previsiones del citado artículo 26.4, para que opere tal exclusión, es necesario que, por un lado, la entidad pública que formule el encargo ostente sobre el medio propio un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y, por el otro, que el medio propio realice la parte esencial de sus actividades para la entidad o entidades que lo controlan[29].

La apreciación de la efectiva concurrencia de tales requisitos ha ido perfilándose a través de la jurisprudencia esencialmente comunitaria, la cual ha sido incorporada en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. En concreto, el artículo 12.1[30] de la

29. Artículo 24.6 TRLCSP:

A los efectos previstos en este artículo y en el artículo 4.1.n), los entes, organismos y entidades del sector público podrán ser considerados medios propios y servicios técnicos de aquellos poderes adjudicadores para los que realicen la parte esencial de su actividad cuando estos ostenten sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios. Si se trata de sociedades, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública.

En todo caso, se entenderá que los poderes adjudicadores ostentan sobre un ente, organismo o entidad un control análogo al que tienen sobre sus propios servicios si pueden conferirles encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

La condición de medio propio y servicio técnico de las entidades que cumplan los criterios mencionados en este apartado deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición y precisar el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que podrán adjudicárseles contratos, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

30. Tal como señala el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la *Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya*, cabe reconocer el efecto directo

misma fija los requisitos cumulativos para que se considere que un encargo a un medio propio no está sujeto a las normas de contratación pública: "a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que más del 80% de las actividades de esa persona jurídica se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por el poder adjudicador que lo controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, y c) que no exista participación directa de capital privado en la persona jurídica controlada, con la excepción de las formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que estén impuestas por las disposiciones legales nacionales, de conformidad con los tratados, y que no ejerzan una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada".

Cuando no se cumplan escrupulosamente tales requisitos, no debería producirse una encomienda de gestión a un medio propio para la provisión de determinados bienes y servicios. **En caso contrario, se estaría haciendo un uso fraudulento de tal recurso para evitar la aplicación de la normativa de contratación pública y, a su vez, provocar un daño a la competencia** (restricción a la competencia que se fundamenta en la falta de concurrencia en la selección del *partner* de la Administración adjudicadora del encargo). **Esta perturbación de la competencia**, podría en determinadas circunstancias ser analizable desde la perspectiva de defensa de la competencia, **puesto que eventualmente podría considerarse como una infracción de la Ley 15/2007, 3 de julio, de Defensa de la Competencia**[31].

2.3 Efectos sobre la competencia en función del régimen de prestación y la forma de gestión escogidos

Como se ha visto, tanto la decisión sobre el régimen de prestación (monopolio o libre concurrencia) como la posterior relativa a la forma de gestión (directa o indirecta) presentan implicaciones sobre la competencia. Efectos que serán más o menos intensos en función de la interacción entre las variables elegidas por el ente local:

del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE desde el 18 de abril de 2016, fecha en la que finalizó el plazo de transposición de la misma.

31. Ver, en este sentido, la Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia de 11 de noviembre de 2015 (expediente 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA).

Ilustración núm. 2
Afectaciones a la competencia en función del régimen de prestación y de la forma de gestión escogida



Evidentemente, la situación más restrictiva de la competencia es la combinación "monopolio/gestión directa", en la que la Administración es la única prestadora del servicio, seguida de la situación "monopolio/gestión indirecta"; en este último caso, las empresas rivalizan para conseguir una situación privilegiada, mientras que en el primero no surge esta posibilidad, al no existir mercado. A continuación, seguiría la situación "libre concurrencia/gestión directa", en que existe competencia en el mercado y la Administración es un operador más. Por último, tendríamos el cuadrante "libre concurrencia/gestión indirecta"; en este último caso existe, por un lado, la rivalidad entre operadores para conseguir el encargo de la Administración (competencia por el mercado), y, por el otro, la derivada del solapamiento entre el operador que presta el servicio por la Administración y la iniciativa privada.

Las restricciones a la competencia pueden sustantivarse en un cierre más o menos importante del mercado, por lo que, en principio, las opciones de prestación en régimen de libre concurrencia son las que deberían priorizarse[32].

32. Más allá de los problemas de competencia puestos de manifiesto en la prestación en régimen de monopolio, cabe añadir los derivados del poder tarifario que la Administración ejerce sobre el servicio de que se trate. En este sentido, cuando se presta el servicio en régimen de monopolio, la Administración debe estimar los costes reales del servicio, con la dificultad que ello conlleva, para poder fijar las tarifas. En cambio, en los casos de pres-

2.4
Ejercicio de la iniciativa económica por los entes locales

Finalmente, debe tenerse en cuenta que las entidades locales prestan a los ciudadanos servicios de diversa índole; de hecho, en los apartados previos de esta sección nos hemos referido básicamente a la prestación de servicios públicos, pero los entes locales, más allá de esa actividad prestacional, también pueden hacer –y hacen– uso de su iniciativa económica, reconocida en el art. 128.2 de la Constitución (como un agente más).

En estos supuestos, al tratarse necesariamente de una actividad que se desarrolla en concurrencia con la iniciativa privada, podría parecer apriorísticamente que no se van a producir dificultades o problemas de competencia. Sin embargo, esto no es necesariamente así, ya que a menudo en este entorno se producen situaciones que presentan la potencialidad de alterar las condiciones de competencia en el mercado; por ejemplo, el supuesto de una empresa pública que establece una política de pérdidas continuadas, ya que dispone de financiación pública, u ofrece bienes y servicios por debajo del precio de coste, no compitiendo en igualdad de condiciones con un operador privado, quien incluso podría llegar a verse expulsado del mercado. Si cabe, estos riesgos para la competencia son más elevados cuando la Administración ostenta la capacidad de regulación en el mercado, en calidad de titular de potestades públicas de ordenación y control, y al mismo tiempo interviene en el mercado como operador económico[33].

Por ello, en estos casos es determinante la salvaguarda del **principio de neutralidad competitiva de los mercados**, de modo que el marco jurídico y regulatorio garantice la igualdad de condiciones y la competencia leal en los mercados en los que el sector público desarrolla actividad económica o presta servicios públicos. En este sentido, cuando el sector público (empresas públicas) desarrolla actividades económicas, tales actividades deben llevarse a cabo sin ninguna ventaja o desventaja con respecto a otros operadores, públicos o privados. En otras palabras, no debe privilegiarse la posición de los operadores públicos de manera que estos obtengan ventajas competi-

tación en libre concurrencia con el sector privado, la Administración no solo contará con elementos reales de juicio para ejercer su potestad tarifaria, sino que, además, sentirá las presiones competitivas de la iniciativa privada, que le obligarán a establecer unos precios de mercado.

33. Véase por ejemplo la Resolución de 30 de septiembre de 2010 de la *Autoritat Catalana de la Competència*, dictada en el marco del expediente núm. 13/2009-AJUNTAMENT DE SOLSONA, referida al sector de los servicios funerarios, en el cual el Ayuntamiento de referencia ejercía tanto el rol de prestador directo del servicio (en concurrencia con una empresa privada) como el de regulador.

tivas de las que no dispongan el resto de prestadores, y las utilicen para captar o mantener clientes.

Diversos son los factores que pueden incidir en la creación de tales condiciones equitativas en la práctica, entre otros: una clara separación entre las funciones de regulación y la prestación del servicio o realización de la actividad económica; el no discriminar indebidamente, a nivel normativo, entre el operador público y sus competidores en el mercado, o bien que la actividad económica de tales operadores públicos, en lo que se refiere al acceso a la financiación de la deuda y la inversión en capital, se realice en condiciones de mercado[34].

En definitiva, vistas las consecuencias en las condiciones de competencia que puede tener el ejercicio de la iniciativa económica por parte de los entes locales (y Administraciones Públicas en general), **es imprescindible la realización de un análisis del impacto competitivo de su decisión de participación en el mercado, basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión.**

Tal análisis comporta que dicha decisión debe venir precedida de una definición clara del objetivo que, con su participación en el mercado, pretende conseguir el ente local, y de cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo (por ejemplo, si se pretende promover el ejercicio físico entre la ciudadanía, para mejorar sus condiciones de salud, deben valorarse tanto la construcción de un centro deportivo municipal, prestando el servicio, como el otorgamiento de determinadas ayudas económicas a los ciudadanos para que estos se inscriban al gimnasio de su preferencia. La decisión entre una u otra posibilidad deberá justificarse adecuadamente).

3
La LRSAL y el ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales desde el punto de vista de la competencia

Como hemos señalado anteriormente, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), modificó el marco normativo que regula el ejercicio de la iniciativa pública económica de los entes locales. Desde una óptica de competencia, las modificaciones se refirieron básicamente a tres aspectos: por un lado, se introdujo

34. Ver las *Directrices de la OCDE sobre el Gobierno Corporativo de las Empresas Públicas*, edición de 2015 (publicadas en 2016).

la necesidad de efectuar un análisis de competencia; por el otro, se limitaron los servicios que podrían ser prestados en régimen de monopolio por parte del ente local, y, finalmente, se introdujo la obligatoriedad de solicitar informe a las autoridades de competencia en los casos de prestación en régimen de monopolio.

En general puede afirmarse que, a pesar del reconocimiento constitucional de la iniciativa económica de los entes locales, las modificaciones operadas por la LRSAL establecen unos controles o requisitos que dificultan precisamente el ejercicio de la misma.

3.1
Introducción de un análisis de competencia en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad (art. 86.1 LRBRL)

En primer lugar, la LRSAL modificó el redactado del artículo 86.1 LRBRL[35], añadiendo determinados condicionantes o limitaciones al ejercicio de la iniciativa económica de los entes locales, con independencia de que la misma se ejerza en régimen de monopolio o en libre concurrencia con la iniciativa privada.

La versión del citado artículo previa a la LRSAL, simplemente exigía un análisis sobre la conveniencia y oportunidad de la medida cuando un ente local decidía ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas[36]. En cambio, el redactado introducido por la LRSAL dispone que: "Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis de mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial. Corresponde al pleno de la respectiva corporación local la aproba-

35. Modificado por el artículo 1.23 LRSAL.
36. Redacción anterior a la LRSAL del artículo 86.1 LRBRL: "Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución".

ción del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio"[37].

Así pues, el primer condicionante al ejercicio de la iniciativa económica municipal se refiere al riesgo que el desarrollo de determinada actividad económica por parte del ente local pueda generar en la Hacienda municipal; en caso de que no se garantice el objetivo de estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera, los entes locales no podrán establecer nuevos servicios o llevar a cabo determinadas actividades económicas. En segundo lugar, se impone un análisis de la necesidad de la intervención en el mercado del ente local: así, en el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida también deberá realizarse un análisis de mercado relativo a: (i) la oferta y demanda existentes en el mercado; (ii) la rentabilidad de la actividad proyectada, y (iii) los posibles efectos de la actividad del ente local sobre la concurrencia empresarial. Desde una óptica de competencia, la introducción de un análisis de impacto en el expediente municipal ha sido valorada positivamente. Al respecto, la CNC señaló en su informe sobre el Anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (IPN 88/13)[38] que "la introducción sistemática del análisis del impacto sobre la libre competencia de dichas decisiones [de ejercer la iniciativa económica] podría facilitar la compatibilización del objetivo de interés público perseguido con el favorecimiento de la competencia o, al menos, el principio de mínima restricción competitiva. El nuevo artículo 86.1 LBRL permite considerar, en particular, el impacto de la medida sobre la neutralidad competitiva y las posibles ventajas y desventajas derivadas de la propiedad pública del operador económico en cuestión".

3.2 Limitación de los servicios o actividades que pueden ser prestados en régimen de monopolio (art. 86.2 LRBRL)

En segundo lugar, la LRSAL redujo el número de servicios reservados legalmente en favor de los entes locales para su prestación en régimen de monopolio. La redacción vigente del artículo 86.2 LRBRL establece que: "Se declara la reserva en favor de las entidades locales de las siguientes actividades

37. El subrayado no consta en el original.
38. Para más detalles se puede consultar el informe siguiendo este enlace: https://www.cnmc.es/es-es/promoci%C3%B3n/informessobrenormativa.aspx?num=IPN+088%2f13&ambito=Informes+de+Propuestas+Normativas&b=&p=69&ambitos=Informes+de+Propuestas+Normativas&estado=0&sector=0&av=0

o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer mediante ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente corporación local, la aprobación del órgano competente de la comunidad autónoma"[39].

Con anterioridad, la reserva legal prevista en la LRBRL abarcaba otros servicios o actividades (suministro de gas y calefacción, y mataderos, mercados y lonjas centrales)[40], los cuales podían ser prestados en régimen de monopolio y, por lo tanto, podían resultar completamente vetados a la iniciativa privada en el ámbito de actuación copado por el ente local.

Con la limitación efectuada por la LRSAL se restringe considerablemente tal posibilidad, lo que, en atención a los problemas de competencia que presenta, en general, la prestación de servicios o la realización de actividades económicas en régimen de monopolio señaladas anteriormente, es valorado positivamente por las autoridades de competencia. No obstante, tal y como señaló la CNC en el informe sobre el anteproyecto de ley, el mantenimiento de la reserva legal a favor de los servicios de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y el transporte público de viajeros, debería compatibilizarse con el fomento de la competencia efectiva. La CNC incluso señaló la oportunidad de valorar periódicamente, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad, la conveniencia de mantener dicha reserva legal (debido, esencialmente, a la más que probable evolución tecnológica en la

39. Si bien podrían establecerse reservas legales a favor de los entes locales para la prestación de otros servicios o actividades, ni la normativa estatal ni la normativa catalana han hecho uso de tal posibilidad. De hecho, en el ámbito catalán, el Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMRLC) simplemente establece que los servicios esenciales que han sido reservados por ley a los entes locales podrán prestarse en régimen de libre concurrencia o en régimen de monopolio (art. 245.1), sin contar con una relación de tales servicios esenciales. Tal relación se halla en el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), pero es la misma relación de servicios que preveía el anterior redactado, previo a la LRSAL, del artículo 86.2 LRBRL. En virtud del principio de jerarquía normativa, y al ser el ROAS una norma de rango reglamentario, no deben considerase válidas las referencias a aquellos servicios que, en la actualidad, ya no son objeto de la reserva legal.

40. Con anterioridad a la LRSAL, la reserva legal se hallaba contemplada en el artículo 86.3 LRBRL.

prestación de estos servicios en red y al grado de interés público que puede subyacer en los mismos).

3.3
Informe de la autoridad de competencia para el establecimiento de un servicio en régimen de monopolio (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)

Finalmente, la LRSAL (disposición final 1.ª) introdujo la obligatoriedad de solicitar el informe de la autoridad de competencia en los supuestos de establecimiento del servicio en régimen de monopolio, a través de la modificación del artículo 97.2 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (RDLeg. 781/1986).

El citado artículo 97 RDLeg. 781/1986 establece, en su apartado primero[41], el procedimiento a seguir por la corporación local para el ejercicio de actividades económicas. En el apartado segundo, modificado por la LRSAL, dispone que para la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86.2 LRBRL, "se requerirá el cumplimiento de los trámites previstos en el número anterior referidos a la conveniencia del régimen de monopolio y se recabará informe de la autoridad de competencia correspondiente". Asimismo, dispone que el acuerdo de aprobación del proyecto por el pleno deberá ser por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, y que, una vez recaído tal acuerdo, debe elevarse el expediente completo al órgano competente de la comunidad autónoma, para resolver sobre su aprobación en el plazo de tres meses[42].

41. Art. 97 RDLeg. 781/1986: "1. Para el ejercicio de las actividades económicas por las entidades locales se requiere: a) acuerdo inicial de la corporación, previa designación de una comisión de estudio compuesta por miembros de la misma y por personal técnico; b) redacción por dicha comisión de una memoria relativa a los aspectos social, jurídico, técnico y financiero de la actividad económica de que se trate, en la que deberá determinarse la forma de gestión, entre las previstas en la Ley, y los casos en que debe cesar la prestación de la actividad. Además deberá acompañarse un proyecto de precios del servicio, para cuya fijación se tendrá en cuenta que es lícita la obtención de beneficios aplicable a las necesidades generales de la entidad local como ingreso de su presupuesto, sin perjuicio de la constitución de fondos de reserva y amortizaciones; c) exposición pública de la memoria después de ser tomada en consideración por la corporación, y por plazo no inferior a treinta días naturales, durante los cuales podrán formular observaciones los particulares y entidades, y d) aprobación del proyecto por el pleno de la entidad local".

42. Centrándonos en la normativa catalana, el procedimiento para el establecimiento o la municipalización de un servicio esencial en régimen de monopolio se regula, esencial-

La introducción del informe de las autoridades de competencia en el procedimiento para el establecimiento en régimen de monopolio, supone la intervención de un órgano especializado para efectuar un análisis sobre la situación que, como se ha destacado con anterioridad, presentaría mayores afectaciones en la competencia efectiva en los mercados. Al referirse solamente a los supuestos de prestación en régimen de monopolio, la intervención de los órganos de competencia solo se activará en los supuestos de los servicios o actividades esenciales previstos en el artículo 86.2 LRBRL: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, u otros que eventualmente pudieran establecerse mediante ley.

4
Informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986)

Como hemos señalado, la LRSAL introdujo en los procedimientos de municipalización la intervención, mediante la emisión de un informe, de las autoridades de competencia. Por lo tanto, tal intervención se produce solamente respecto de los servicios o actividades esenciales, relacionados en el artículo 86.2 LRBRL, cuando el régimen de prestación elegido por el ente local es el monopolio.

Cabe señalar que **la forma de gestión escogida para la prestación efectiva del servicio municipalizado** (directa o indirecta), **o incluso el instrumento utilizado para articular la gestión** (directamente por el ente local, a través de medios propios, concesión, etc.), **no inciden en la necesidad de solicitar el informe de las autoridades de competencia**. En otros términos, el desencadenante de la obligación de solicitar el informe en cuestión es únicamente el establecimiento del servicio en régimen de monopolio.

En cuanto a su régimen jurídico, **el informe de las autoridades de competencia es preceptivo pero no vinculante**. Esto es, no obliga al ente local ni, posteriormente, al órgano competente de la comunidad autónoma a seguir el criterio en él establecido; sin embargo, de conformidad con el artículo 35.1, letra c), de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, si se apartan del

mente, en los artículos 243 a 245 TRLMRLC, y 181 a 187 ROAS, y requiere la aprobación definitiva del Gobierno de la Generalitat de Cataluña.

parecer manifestado por la autoridad de competencia en su informe, deberá motivarse explícitamente[43].

Más problemáticos, en términos de robustez jurídica del procedimiento de establecimiento del servicio en régimen de monopolio, resultan los supuestos en que el informe de la autoridad de competencia no es solicitado; todo ello, sin perjuicio de que deberá ser la jurisdicción contencioso-administrativa la que determine las consecuencias de ese eventual incumplimiento del procedimiento.

4.1 Procedimiento

La solicitud y emisión del informe de la autoridad de competencia se introducen en el procedimiento previsto en la normativa de régimen local para el ejercicio de actividades económicas, con las particularidades previstas para los servicios prestados en régimen de monopolio.

Centrándonos en lo establecido por la normativa catalana de régimen local, de acuerdo con las bases fijadas por la LRBRL, este procedimiento contaría con una fase desarrollada internamente por el ente local, y otra posterior que requiere la intervención de órganos autonómicos, con aprobación final por parte del Gobierno de la Generalitat de Cataluña:

i. Fase municipal, referida básicamente a la tramitación del expediente y aprobación por parte del pleno de la corporación local, con los siguientes trámites (art. 86 LRBRL, arts. 243 a 245 TRLMRLC, y arts. 143 a 149 y 183 ROAS):
   - Acuerdo inicial de la corporación y designación de una comisión de estudio.
   - Redacción por parte de la comisión de estudio de una memoria, base de la resolución del expediente, en la que se determinen y justifiquen, entre otros aspectos, la prestación en régimen de monopolio y la forma de gestión del servicio (directa o indirecta).
   - Toma en consideración de la memoria por el pleno y exposición pública de la misma por un período no inferior a 30 días naturales.

43. Art. 35 Ley 39/2015: "1. Serán motivados, con sucinta referencia de los hechos y fundamentos de derecho: […] c) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos".

- Solicitud y emisión del informe de la autoridad de competencia (art. 97.2 RDLeg. 781/1986).
- Aprobación por el pleno de la corporación local, por mayoría absoluta del número legal de sus miembros.

ii. Fase postmunicipal, en la que se remite el expediente a la Generalitat de Cataluña (al departamento competente)[44] y en la que los principales trámites son:

- Solicitud y emisión de informe por parte de la *Comissió Jurídica Assessora* [art. 97.3 RDLeg. 781/1986, y art. 8.3, letra k)[45], Ley 5/2005, de 2 de mayo].
- Acuerdo definitivo del Gobierno de la Generalitat de Cataluña, en el plazo de 3 meses, que versará sobre la conveniencia y oportunidad del monopolio en la prestación del servicio (art. 86.2 LRBRL, art. 245.2 TRLMRLC, y art. 184 ROAS).

La intervención de tales órganos autonómicos (en el caso catalán, ACCO, *Comissió Jurídica Assessora* y Gobierno de la Generalitat de Cataluña) en un procedimiento que cuando se refiere a actividades ejercidas en régimen de libre concurrencia es estrictamente municipal, configura este procedimiento como especialmente agravado.

4.2
Precisión de los supuestos en los que procede la solicitud de informe

La cuestión que seguidamente se suscita es: **¿cuándo resulta necesario solicitar el informe del órgano de competencia?** Y el artículo 97.2 RDLeg. 781/1986 únicamente dispone que este debe solicitarse en los supuestos de ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades reservadas. Así pues, el primer y principal de los supuestos en los que procede es el de **municipalización**, es decir, el establecimiento o la creación del servicio con declaración de la reserva monopolística por parte del ente local.

Sin embargo, **un cambio de forma de gestión** (por ejemplo, el cambio de gestión indirecta a directa, o "remunicipalización") **también podría comportar la necesidad de efectuar tal trámite.** Ello sucedería **en los supues-**

44. Actualmente, el *Departament de Governació, Administracions Públiques i Habitatge*.

45. "Es preceptivo el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora sobre los expedientes de la Administración de la Generalitat o de la Administración local referentes a las siguientes materias: […] k) Procedimientos de municipalización bajo el régimen de monopolio de los servicios".

tos en que la monopolización del servicio se hubiera producido *de facto*, es decir, sin pronunciamiento expreso al respecto por parte del ente local y, por lo tanto, sin haber seguido el procedimiento establecido al efecto (por ejemplo, que se hubiera concesionado el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable sin declaración de establecimiento del servicio en régimen de monopolio). **En estos supuestos, en que efectivamente se ha monopolizado el servicio, con ocasión del cambio de gestión, el ente local debería proceder a la declaración de monopolio, y, en consecuencia, solicitar el informe de la autoridad de competencia**. *A sensu contrario*, si la corporación local ya había previamente establecido el servicio en régimen de monopolio, el cambio de forma de gestión no genera la obligación de solicitar ni emitir tal informe.

Finalmente, debe advertirse que **las implicaciones en materia de competencia de la prestación de un servicio en régimen de monopolio no son las mismas en un entorno de gestión indirecta del servicio público** (en la que se produce competencia por el mercado de forma periódica) **que en una gestión directa, en la que desaparece cualquier tipo de competencia y se produce un cierre definitivo del mercado**. Sin embargo, la normativa de régimen local no establece requerimientos diferenciados en función de si el servicio monopolizado por el ente local se presta mediante una forma de gestión directa o indirecta.

En cualquier caso, y más allá de las obligaciones normativas al respecto, atendidas las consecuencias que puede presentar un cambio de la forma de gestión, sería aconsejable que –incluso en los supuestos en los que ya se hubiera llevado a cabo la municipalización del servicio con anterioridad– los entes locales llevaran a cabo internamente un análisis del impacto competitivo de la decisión adoptada.

4.3
Preparación del expediente de municipalización, desde una óptica de competencia, por parte del ente local

El análisis que realizan las autoridades de competencia sobre el impacto en la competencia del establecimiento del servicio en régimen de monopolio, se basará en la documentación aportada por el ente local solicitante. Por este motivo, es importante que el expediente de municipalización cuente con todos aquellos elementos que justifiquen por qué el régimen de monopolio es la opción más adecuada para prestar el servicio en cuestión. En este sentido, cuanto más sustentada jurídica y económicamente esté tal decisión, y se fa-

cilite la totalidad de dicha información a la autoridad de competencia, esta podrá emitir un informe fundamentado, basado en elementos de juicio que respondan a la realidad del servicio que se pretende municipalizar.

¿Cuáles son, desde una óptica de competencia, los factores que deberían ser analizados en el expediente de municipalización? Como hemos señalado en el apartado 2 de este artículo, el ente local debería llevar un **análisis del impacto competitivo**[46] de su decisión basado en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión; en otras palabras, la decisión de establecer un servicio o prestar una actividad económica en régimen de monopolio debe venir precedida de una definición clara del objetivo que, con su participación en el mercado, pretende conseguir el ente local, y de cuál es la manera más eficiente y más neutra para el mercado, o menos distorsionadora de la competencia, para conseguir dicho objetivo.

Los factores que deberían incluirse en dicho análisis serían:

- Identificación del objetivo que se pretende y justificación de la oportunidad del establecimiento del servicio en régimen de monopolio.
- Valoración de las alternativas existentes para conseguir el objetivo que se pretende.
- Análisis de las consecuencias jurídicas y económicas de la opción escogida (en este caso, de la prestación en régimen de monopolio).
- Adicionalmente, de conformidad con el artículo 86.1 LRBRL, la realización de un análisis de mercado que contenga un estudio sobre la oferta y demanda, la rentabilidad del proyecto y los efectos del servicio local sobre la concurrencia empresarial.

5
Conclusiones

En definitiva, en el ejercicio de sus potestades públicas, **las decisiones de las Administraciones locales referentes a**, por un lado, **cómo se prestan los servicios públicos**, y, por el otro, **cómo ejercen la iniciativa económica** que tienen constitucionalmente reconocida, y, finalmente, **cómo regulan ciertas actividades económicas, presentan importantes implicaciones en térmi-**

46. Para realizar dicho análisis, puede ser de utilidad la Metodología para evaluar el impacto competitivo de las normas, elaborada por la ACCO y publicada en su página web: http://acco.gencat.cat/ca/detall/article/Metodologia-per-avaluar-limpacte-competitiu-de-les-normes. Esta Metodología se fundamenta en los principios de buena regulación económica desde una óptica de competencia.

nos de competencia, esto es: **repercuten sobre las condiciones de competencia en el mercado**.

Por ello, estos procesos decisorios **no pueden obviar un análisis de competencia,** consistente básicamente en sopesar el coste, en términos de perjuicio para la competencia efectiva en el mercado, de las medidas que pretendan llevar a cabo y de los supuestos beneficios al interés general que las mismas persiguen. En otros términos, se trata de valorar la necesidad, proporcionalidad, mínima distorsión y no discriminación de las restricciones a la competencia inherentes en las decisiones de los entes locales, a fin de evitar sacrificios injustificados de los principios de competencia que, de manera más o menos directa, se trasladaran a los consumidores y usuarios.

En concreto, hay que tener en cuenta que **las decisiones sobre el régimen de prestación** (monopolio *versus* libre concurrencia) **y la forma de gestión** (directa *versus* indirecta) **de los servicios locales deberían fundamentarse en criterios de eficiencia**, ya que el objetivo final no debería ser otro que **ofrecer a los ciudadanos el mejor servicio público posible en términos de precio, calidad, sostenibilidad y fiabilidad**.

Más allá de la intervención de las autoridades de competencia en los supuestos de prestación del servicio en régimen de monopolio introducida por la LRSAL, también **es y debe ser vocación de estas autoridades** –a juicio de quien suscribe, especialmente de las autoridades autonómicas de competencia, en tanto que mejor posicionadas en relación con las actuaciones de ámbito local– **ofrecer el apoyo necesario a los entes locales para que adopten**, en los distintos ámbitos de responsabilidad que tienen encomendados, **decisiones favorecedoras de la competencia, y para que, de manera general, incorporen los principios de la política de competencia como variable a tener en cuenta en sus procesos de toma de decisiones.**

II.
Otros estudios

Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: algunas experiencias[1]

Rafael Jiménez Asensio
Consultor institucional/Catedrático de Universidad (acr.) UPF
www.rafaeljimenezasensio.com

1. **Introducción**
2. **El Gobierno Vasco da el primer paso en la buena dirección**
3. **Una experiencia de código de conducta en una autoridad independiente: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia**
4. **La propuesta de Documento de "Principios de Ética Judicial" del Consejo General del Poder Judicial**
5. **Otros casos de integridad institucional en las comunidades autónomas: una breve referencia**
   - 5.1. Extremadura
   - 5.2. Galicia
   - 5.3. Cataluña
   - 5.4. Comunidad Valenciana
   - 5.5. Aragón
   - 5.6. Un caso avanzado de construcción de un Sistema de Integridad Institucional: la Diputación Foral de Gipuzkoa
   - 5.7. El reciente caso de la Comunidad Autónoma de Madrid
6. **Experiencias locales de sistemas de integridad institucional**

Artículo recibido el 03/01/2017; aceptado el 09/01/2017.

1. El presente trabajo se corresponde con un capítulo de la primera parte del libro *Integridad y Transparencia*, que será publicado próximamente. Su publicación de forma individualizada se lleva a cabo con el objetivo de difundir una serie de prácticas que en el campo de los códigos de conducta están comenzando a surgir en los diferentes niveles de Gobierno en España, también en el ámbito local.

Resumen

El presente estudio tiene por objeto estudiar las recientes experiencias que se han llevado a cabo de aprobación de códigos éticos y de conducta en el sector público español. Tras unos primeros textos de códigos de buen gobierno (AGE y FEMP, entre otros), de alto contenido declarativo y sin consecuencias prácticas, a partir de la elaboración del Código Ético y de Conducta del Gobierno Vasco en 2013 comienzan a aparecer códigos que se insertan en marcos de integridad institucional (OCDE). Aun así, el proceso está resultando lento en su implantación, puesto que algunas experiencias prácticas son confusas conceptualmente hablando, y otras no terminan de articular correctamente todas y cada una de las piezas del modelo. Hay, no obstante, algunas experiencias recientes que caminan en la buena dirección y que profundizan la línea iniciada. El trabajo finaliza con el análisis de algunas experiencias recientes de códigos de conducta en el ámbito local.

Palabras clave: *integridad; códigos de conducta; ética pública; buena gobernanza; gobernanza ética; gobernanza local*.

Codes of conduct in the realm of public administrations: some experiences

Abstract

This article studies recent experiences in codes of conducts in the context of the Spanish public sector. The first codes of conduct –inter alia, AGE and FEMP– were declarative in nature and without practical consequences. However, since the approval of the Code of Conduct of 2013 by the Basque Country Government, codes related to the institutional integrity framework (OECD) have been being launched. Despite this fact, this is a slow process because some of the practical experiences are conceptually unclear and others do not articulate correctly all the pieces of the model. There are, however, some recent experiences in the right direction. This article finally tackles some recent experiences related to codes of conduct in the local sphere.

Keywords: integrity; codes of conduct; public ethic; good governance; ethical governance; local governance.

> "Una sociedad sin virtudes no es un 'demos'; la democracia necesita buenas costumbres para que las instituciones funcionen como deben, pues, a fin de cuentas, estas dependen del buen o mal hacer de las personas que las gestionan" (Victoria Camps, *Breve historia de la Ética*, RBA, Barcelona, 2013, p. 398).

1
Introducción

Es obvio que los códigos de conducta, códigos éticos o códigos de deontología, en cuanto fenómenos institucionales en los que se plasman las prácticas de autorregulación, no han formado parte de la cultura institucional española, ni siquiera en la función pública. El manto de la legalidad ha pretendido cubrirlo todo, aunque no lo haya conseguido realmente. Frente a aquel fenómeno de fuerte impronta anglosajona que irrumpió hace algunos años y ya bastante asentado en países de nuestro entorno, nos hemos despertado muy tarde, como suele ser siempre habitual. No se trata aquí de reiterar lo expuesto ni de censurar la mala comprensión conceptual de esta cuestión que, como se ha visto, es más que evidente en la obra de los legisladores estatal y autonómico, lo que ha terminado empañando el problema hasta convertirlo muchas veces en pura caricatura. Tampoco pretendo desdecirme del objetivo inicial, que era muy claro: situar el problema en un marco conceptual y obviar un análisis detenido del marco jurídico-normativo, aunque algo se ha dicho al respecto y algo más deberé decir.

Lo que sí parece obvio –y necesario resulta resaltarlo– es que la legislación aprobada hasta la fecha se muestra ampliamente tozuda en reiterar los errores inicialmente cometidos por el legislador básico estatal, y construir los sistemas de integridad institucional sobre una base meramente jurídico-normativa, sin dejar ningún espacio (o espacios muy reducidos) a la autorregulación. La fe en el derecho mueve montañas de papel, pero no cambia (casi) ni una coma del deterioro de la moral pública en nuestras instituciones. Sus efectos, tras años de cruzada legislativa de "regeneración" de la vida pública, son poco efectivos. Frente a esa tozudez de los creyentes en el derecho y escépticos, a su vez, de la ética institucional autorregulada, que son todavía legión en este país, han comenzado a abrirse fisuras importantes en ese edificio antes inexpugnable que era el reinado omnipresente de la ley. Aun hoy se insiste, en no pocos trabajos académicos, en la dimensión jurídica del principio de integridad, como aparente remedio frente a los en ocasiones difusos males de la corrupción.

En cualquier caso, en los últimos cuatro años se han comenzado a mover las cosas, unas veces por convicción de que debe ser así y por la necesidad de crear cortafuegos de prevención frente a los escándalos de corrupción que se muestran por doquier, mientras que en otras ocasiones esa tendencia al cambio ha tenido un carácter más reactivo (por lo demás, muy humano) en la pretensión de situar valladares u obstáculos complementarios a una deteriorada atmósfera de moral pública, salpicada por la corrupción o por la multiplicación de un sinfín de conductas llevadas a cabo por cargos y servidores públicos, todas ellas censurables desde el plano ético. En fin, un intento, por lo demás, con escasos réditos, pues esa estrategia "por lavar la cara" se impulsa generalmente cuando la situación ya no tiene apenas remedio.

Cierto que, como ya se sabe, no partíamos de cero. Algo se había hecho, aunque pocos efectos reales tuvo, pero al menos formalmente pasos tímidos se habían dado. La legislatura estatal de 2003-2007 fue, en cierto sentido, premonitoria de lo que después vendría. Sin duda, la sensibilidad gubernamental viene siempre alimentada por el olfato de un ministro o, en su defecto, por las propuestas de sus equipos directivos o funcionariales. Y cabe subrayar que en los años 2005-2007 ese olfato existió, y se supo captar perfectamente que algo se movía fuera de nuestras fronteras. La ética pública y la integridad institucional estaban adquiriendo una impronta notable en las políticas de la OCDE, como ya se ha dicho. Y, con cierta perspicacia, aunque también con cierta falta de pericia, se pretendieron trasladar tales tendencias a la Administración Pública española, siempre reacia a los cambios y a las soluciones foráneas.

Hubo impulso político, eso nadie lo puede negar. Se aprobaron, como ya se ha dicho, el Código de Buen Gobierno de altos cargos (2005), una avanzada ley de conflicto de intereses (2006) y un Estatuto Básico del Empleado Público (2007) que estableció por ley (error al que algunos, desde la posición modesta de vocales de la Comisión de Expertos, también coadyuvamos) un código de conducta de los empleados públicos. Una idea, en todo caso, importante que no se supo plantear de forma correcta. El EBEP se debería haber limitado a la enumeración y definición de una serie de valores o principios y, todo lo más, a determinar genéricamente algunas normas de conducta, abriendo la posibilidad de desarrollar códigos deontológicos para cada ámbito de la función pública. No cabe duda de que a partir de ese desajuste de enfoque, todos hemos aprendido mucho. Para eso están los errores. No para flagelarse.

Sin embargo, en esa batería de medidas, intuitivamente descubiertas, faltaba, tal como decía, un necesario aprendizaje. Quizás, si hubiésemos sido

capaces de mirar mejor y analizar convenientemente otros sistemas comparados, tales errores se hubiesen ido subsanando. Pero en España algo que llega al *BOE*, más si es a través de una ley, se sacraliza y, sobre todo, se convierte en un obstáculo, más que en una palanca de cambio. El Código de Buen Gobierno, que se aprobó por medio de una mera Orden Ministerial[2], quedó enterrado en las páginas del Boletín Oficial, sin que apenas nadie le prestara atención, menos aún quienes eran sus destinatarios. Tras diez años de "vigencia formal" (que no efectiva), una de tantas leyes que pretenden "regenerar" nuestro espacio público, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, del estatuto del alto cargo, lo deroga. Sin pena ni gloria. Volvemos a la casilla de salida. Volvemos a empezar, en este desordenado tejer y destejer del que nadie parece sabe salir airosamente. Por eso los conceptos (o los marcos conceptuales) son imprescindibles. Por eso he perdido tanto tiempo (o tantas páginas) intentando explicar hasta ahora en este estudio lo que en otros países comprenden sin dar semejantes rodeos. Pero a estas alturas de la exposición, creo que ya quedan las cosas lo suficientemente claras como para no insistir de nuevo en ellas.

Vayamos a lo práctico. Lo que hizo el Gobierno central (o la Administración General del Estado) en esos años 2005-2007 no tuvo, en verdad, continuidad alguna, ni tampoco réplicas de calado o de interés. Desaparecido el ministro Sevilla, auténtico impulsor (junto a su equipo) de tales propuestas, después se impuso la sombra y la incomprensión, hasta en el seno del propio Gobierno que había impulsado tales proyectos. Paradojas de la política: sin cambio de Gobierno se paraliza la acción del Ejecutivo, puesto que las personas que llegan a las nuevas responsabilidades (aunque sean del mismo partido) nada entienden de lo que antes se ha hecho, y "sus equipos" tampoco. La "noria de la política" produce en estos casos sus peores efectos.

Así, todas esas propuestas normativas quedaron enterradas en el BOE, ya electrónico; aunque sigan emergiendo a la luz con un simple clic. Los temas de ética pública e integridad institucional no fueron a partir de entonces de ningún interés ni para el partido que inicialmente los propuso ni para su contrario. Pasaron al olvido. Mientras tanto, los casos de corrupción de la era del ladrillo comenzaban a proliferar y una brutal crisis asomaba en el horizonte.

Las comunidades autónomas tampoco tomaron nota. Siempre, por lo común, tan reacias al cambio y la innovación, con una actitud de fieles y acríticas seguidoras de lo que haga el Estado, poco o nada desarrollaron al

2. Orden APU/516/2005, de 3 de marzo.

respecto. Una ley gallega de 2006 (hoy ya derogada) fue la excepción, pero se quedó en papel, esta vez en el BOG[3]. Otra Ley de Baleares de 2011 parecía retomar el tema[4], al menos formalmente; pero fue puro ilusionismo. El desarrollo del código de conducta del EBEP tampoco se produjo (¿qué había que desarrollar cuando la Ley ya petrificaba unos desordenados principios y unas normas éticas y de conducta poco depuradas?). El EBEP recogía hasta quince principios generales que debían informar los códigos de conducta. Trayendo a colación unas palabras de Innerarity, se puede afirmar que lo que hizo el artículo 52 del EBEP es "ponerlo todo manchado de principios". Algo también dijo en su día Savater cuando recomendaba que, en cuestión de principios, "mejor que sean pocos y buenos"[5]. Partiendo de una prolija enumeración de principios, que no se definían siquiera, escasa utilidad tenía semejante Código. Hubo que esperar a 2011 para que el Gobierno Vasco aprobara un primer código ético para altos cargos, pero que, diseñado a imagen y semejanza del modelo de Código de Buen Gobierno, carecía de un sistema de integridad mínimamente consistente[6]. Fue otra propuesta institucional que transitó sin pena ni gloria.

Una experiencia institucional singular y que también debe ser destacada en este contexto es la creación, en la Comunidad Autónoma de Cataluña, de la Oficina Antifraude[7]. Este organismo, de factura peculiar e inspirado en modelos de países en vías de desarrollo, tenía una finalidad más ligada a la lucha contra la corrupción, aunque también se le asignan funciones genéricas en la prevención y persecución de los conflictos de interés y, de forma más indirecta, en la promoción de los valores éticos en las Administraciones Públicas sometidas a su fiscalización. Su papel –aunque ha dedicado atención y recursos a la tarea preventiva– ha sido más bien tibio, pues su diseño institucional no es el correcto para articular eficazmente un Sistema de Integridad Institucional, ya que se escora hacia el plano fiscalizador y mantiene

3. Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración Pública gallega. Ver, en especial, capítulo III, sobre miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración (particularmente, artículo 15, principios de actuación).
4. Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.
5. Citado por R. Vargas-Machuca, "Principios, reglas y estrategias", en F. Longás y J. Peña (eds.), *La ética en la política*, KRK, Oviedo, 2014, p. 57.
6. BOPV núm. 102, de 31 de mayo de 2011, por el que se da publicidad a la *Resolución 23/2011, de 11 de mayo, de la Directora de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Código de Ética y Buen Gobierno de los miembros del Gobierno, altos cargos, personal eventual y demás cargos directivos al servicio del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi*.
7. Ver la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, del Parlamento de Cataluña.

frente a las Administraciones Públicas un tono y una orientación hasta cierto punto inquisitoriales que en nada ayudan a una relación abierta y recíproca, tampoco en el plano de la ética pública. Los turbios pasajes por los que ha transitado esta institución en 2016, han terminado por asestarle un duro golpe a su (ya mermada) credibilidad institucional. Aun así, algunas comunidades autónomas se han propuesto replicar –aunque con algunas variaciones– ese modelo[8]. Ellas sabrán lo que hacen.

En el plano local, la FEMP pretendió reaccionar en 2008 a través de la aprobación de un Código de Buen Gobierno. La intención, una vez más, era buena, el resultado no alcanzó ni el estadio de regular. Se trataba de una mera mezcla de principios éticos con otros de buen gobierno, sin saber diseccionar siquiera lo que eran valores o principios de normas de conducta. Por lo demás, puramente cosmético, pues no existía ningún sistema de seguimiento y control. Faltaba, una vez más, una mirada exterior que les hiciera comprender cómo se hacían estas cosas en las democracias avanzadas, sobre todo las de corte anglosajón, aunque no solo.

Y realmente ese es el pobre estado de cosas en el que se encontraba el sector público español cuando la crisis económico-financiera destrozó los ingresos públicos y se transformó, como era natural, en una crisis fiscal de enorme magnitud, así como cuando a la cada vez más intensa crisis institucional se le sumaron innumerables casos judiciales de corrupción que ponían a la clase política y, en menor medida (aunque también), a la función pública, en entredicho. La ética pública entraba por la puerta de atrás, empujada por las circunstancias. Es la peor forma de entrar. Pero, como país tozudo que es, España tardó en asimilar tales mensajes; todavía se puede decir que no los ha asimilado.

Sin embargo, algo se empezó a mover, aunque una vez más por la dirección equivocada. No reiteraré lo expuesto: la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, no entendió el alcance de lo que es un Marco o Sistema de Integridad en las instituciones públicas. A pesar de que España es miembro de la OCDE, en esta acción legislativa se mostró una incomprensión absoluta a lo que esa organización internacional estaba promoviendo desde 1997. Ya quedó dicho. Lo demás también es conocido: las comunidades autónomas (al menos la mayor parte) siguieron esa estela. Dicho en términos muy duros: se optó por la vía menos aconsejable, que consistía en que "la integridad con sangre

8. Esta parece ser, entre otras, la línea de tendencia del proyecto de ley de integridad y ética pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuando crea una Agencia de Integridad y Ética Pública.

entra". Optaron por impulsar leyes con sistemas de sanciones administrativas al incumplimiento de normas de ética o de conducta. El título II de la Ley 19/2013, como bien estudiaron Alberto Palomar y Antonio Descalzo, había sentado un mal precedente[9]. Mejor hubiera sido no incorporar tal regulación al texto normativo, sobre todo porque diluye el objeto central de la Ley, que era la transparencia; y, además, daba al "buen gobierno" (o a la dimensión ética o de integridad) un carácter instrumental que no le corresponde en ningún caso. Los pegotes nunca funcionan. Y este no ha funcionado ni funcionará. El disparate estaba consagrado y solo faltaba constatar la evidencia: no ha servido para nada.

Realmente avances en la moralidad pública no ha habido ninguno tras esas mareas normativas. Por emplear una expresión de Julián Marías, "el peso moral de las personas" que desempeñan cargos y funciones de carácter público no ha subido ni un gramo[10]. Tiendo a pensar que se ha producido el proceso inverso o más bien contrario, tras un conocimiento relativamente próximo de muchas instituciones públicas: el comportamiento moral de los cargos y servidores públicos ha desfallecido en los últimos años; es cierto que los primeros están más alerta por el duro escrutinio público, pero eso nada nos dice de la mejora moral desde un plano de convicción ética; de los segundos (empleados públicos) mejor no entrar en detalles, la caída del sentido de pertenencia hacia lo público ha sido abismal en estos últimos años, alimentada por una devastadora crisis y por un sindicalismo "corporativo" y (a veces) amarillo (por ejemplo, en el ámbito de las policías locales), que nada ha entendido (o no ha querido entender) de lo que es la ética institucional del servicio público. Un papel tristemente desenfocado el de un sindicalismo del sector público que actúa de espaldas a la sociedad en la que vive, y que no comprende cabalmente que el empleado público a quien se debe es al ciudadano-contribuyente (su auténtico "patrón"), que es al fin y a la postre quien paga las nóminas de los empleados públicos. Mucho deberá batallar el sindicalismo del sector público en el campo de la integridad si quieren ganar legitimación (hoy en día erosionada) y reconocimiento en el ámbito institucional público.

9. Ver, respectivamente, sus trabajos: "Buen gobierno: ámbito de aplicación, principios generales y de actuación, infracciones disciplinarias y conflictos de intereses", y "Buen gobierno: infracciones en materia de gestión económico-presupuestaria y régimen sancionador", ambos en E. Guichot (coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014, pp. 247-329. Asimismo, sobre este tema es importante el estudio de M. Bassols Coma, "Buen gobierno, ética pública y altos cargos", en J. M.ª Baño León (coord.), *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, volumen III, CEPC, Madrid, 2016, pp. 2159 y ss.

10. *Tratado de lo mejor. La moral y las formas de vida*, Alianza Editorial, 1995, p. 117.

No obstante, el país no se para. Y alguna cosa, aunque sea poco, se mueve, arrastrando a otros o, al menos, dando que pensar y removiendo unas aguas en buena parte estancadas. Hay, en cualquier caso, mucho desconcierto en esta materia. Pero comienzan a apuntarse algunas experiencias o buenas prácticas (en algunos casos relativas) en el terreno de la ética pública o de la ética institucional. Solo daré noticia de algunas de ellas. En el terreno de la función pública o del empleo público, sin embargo, las realizaciones son prácticamente anecdóticas; si bien algunas se están gestando, pero es pronto aún para anunciarlas. Como ya se ha visto, el EBEP apostó fuerte (al menos nominalmente) por los valores del empleo público; sin embargo, esa apuesta nadie (absolutamente nadie) se la tomó en serio. El resultado, como ya he dicho, está a la vista: los valores de servicio público se han perdido en una densa y tupida red de reivindicaciones laborales, que pone el acento en los derechos y olvida los deberes o la deontología profesional del servicio público. Nadie, en su sano juicio, puede sin embargo obviar la trascendencia que tiene la ética del servicio civil como barrera a la corrupción[11]. Otros países, como Francia, ya están dando la vuelta al calcetín, tal como se ha visto en las páginas precedentes, y poniendo en su lugar la deontología de la función pública como un objetivo estelar de la institución.

2
El Gobierno Vasco da el primer paso en la buena dirección

Tras el primer Código Ético de altos cargos aprobado en 2011, el Gobierno Vasco emprendió un cambio de ritmo radical en esta materia a partir de 2013[12]. Un cambio impulsado por el entonces nuevo Ejecutivo, que sin duda

11. Un fenómeno ampliamente estudiado, con un foco especial en la evolución de algunos países (como, por ejemplo, Estados Unidos). Ver, al respecto, S. Rose-Ackerman, *Corruption and government: causes, consequences and reforms*, Cambridge University Press, 1999; y F. Anechiarico y J. B. Jacobs, *The pursuit of absolute integrity*, University of Chicago Press, 1996.

12. Ver el BOPV núm. 105, de 3 de junio de 2013, por el que se da publicidad a la *Resolución 13/2013, de 28 de mayo, del Director de la Secretaría del Gobierno y de Relaciones con el Parlamento, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno "por el que se aprueba el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi"*. En fechas recientes se ha publicado una versión de texto consolidado de tal Código Ético y de Conducta, donde se incorporan todas las modificaciones (o adaptaciones) que se han hecho en los últimos años. Ver la *Resolución 67/2016, de 22 de noviembre, del Viceconsejero de Relaciones Institucionales, por la que se dispone la publicación del Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno por el que se aprueba el Texto Refundido del Código Ético y de Conducta de los cargos públicos de Administración*

representaba un antes y un después en esta materia. Bien es cierto, en honor a la verdad, que no fue la primera experiencia. Unas semanas antes, en mayo de 2013, la Asamblea Nacional de EUDEL (Asociación de Municipios Vascos) aprobaba un Borrador de *Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromiso por la Calidad Institucional de la Política Local Vasca*. Pero la iniciativa se quedó en mera propuesta, aunque EUDEL, conjuntamente con el Consejo de Europa, impulsaron durante los años 2013-2014 un programa de evaluación de la integridad institucional en quince municipios vascos (*Basque Score Card*).

Sin embargo, la experiencia que cristalizó fue la adoptada por el Gobierno Vasco. Efectivamente, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 28 de mayo de 2013, se aprobó el Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Sin entrar en estos momentos a detallar su contenido (que ha sido actualizado en el texto consolidado publicado en el BOPV el 28 de noviembre de 2016), sí que se pueden traer a colación los objetivos que pretendía el proceso de elaboración de ese Código, que eran los siguientes:

- Mejorar la calidad institucional y la eficiencia del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales.
- Definir los valores, principios éticos y aquellos comportamientos o estándares de conducta que deben inspirar el código de los cargos públicos en esta materia y la actuación de estos en el ejercicio de sus responsabilidades públicas y de su vida privada.
- Iniciar un proceso de interiorización y asentamiento de estándares éticos y de conducta cada vez más exigentes por parte de los cargos públicos del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales, que sirvan como referente para el resto de la organización, para las demás instituciones vascas y para la propia ciudadanía.
- Configurar así un Marco de Integridad de los cargos públicos del Gobierno Vasco y de sus entes instrumentales, basado no solo en la declaración de un Código Ético y de Conducta, sino también en su difusión y en la promoción de la internalización de sus previsiones, mediante la implantación de un órgano de garantía que lleve a cabo un sistema de supervisión bajo criterios de objetividad e imparcialidad.

de la Comunidad Autónoma de Euskadi y su sector público, y se incorporan a dicho Código nuevas previsiones (BOPV núm. 226, de 28 de noviembre de 2016).

El Código Ético y de Conducta pretende, por tanto, definir valores, principios y normas de conducta que serán exigibles a los cargos públicos y personal eventual que forman parte de la Alta Dirección Ejecutiva del Gobierno Vasco[13]. Este Código –y este es un dato importante– parte de una estructura que se aleja de los códigos hasta entonces aprobados por diferentes instituciones estatales, autonómicas o locales españolas. Así, por un lado, no solo recoge valores y principios, sino que define su alcance o sus contornos, prefigurando además una serie de comportamientos que son exigibles necesariamente a quienes desempeñan cargos públicos, y que tienen por objeto promover la ejemplaridad a través de la integridad, salvaguardar la imagen de la institución, reforzar su eficiencia y garantizar que la confianza de la ciudadanía en las instituciones no sufra menoscabo alguno.

No se incluye en ese Código referencia alguna a obligaciones legales o normativas, esto es, al cumplimiento estricto de las exigencias derivadas del ordenamiento jurídico, que, en su caso, deberán ser recogidas en las leyes o los reglamentos que se dicten al efecto. Por tanto, este Código no tiene, en sí mismo, valor normativo, salvo por las consecuencias que potencialmente se puedan anudar a su incumplimiento o porque las conductas establecidas puedan servir de elemento interpretativo de los tipos de infracciones que, en su caso, se establezcan en las leyes. Es un típico instrumento de autorregulación.

Una de las debilidades consustanciales de los códigos éticos y de buen gobierno que se han impulsado en el Estado español, radica en que las medidas de seguimiento y control del cumplimiento de tales principios y conductas son inexistentes o, todo lo más, se atribuyen a una Comisión de bajo perfil político (normalmente de altos cargos o con presencia de funcionarios), sin autonomía funcional alguna y sin incorporación de externos o expertos a tales estructuras, que salvaguarden una independencia de criterio y adopten visiones de tales problemas menos endogámicas. Esta es una tendencia que, de forma altamente positiva, se rompe literalmente a partir del Código Ético y de Conducta del Gobierno Vasco, como inmediatamente se verá.

13. Comentarios o referencias doctrinales a este Código se pueden hallar en los siguientes trabajos: R. Bustos Gisbert, "Las reglas de conducta de los políticos: evolución en el Reino Unido", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 104, pp. 104 y ss.; E. Pérez Vera, "Ética frente a corrupción: la reciente experiencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco", *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*, núm. 9, pp. 42 y ss.; y R. Jiménez Asensio, "Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el Buen Gobierno, la calidad democrática y la confianza de la ciudadanía en sus instituciones", *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*, núm. 5, pp. 46 y ss.

Tal como han venido reconociendo tanto la OCDE como diferentes organizaciones internacionales, la creación de un sistema de supervisión o seguimiento de los códigos éticos y de conducta es una pieza sustancial e imprescindible para la articulación de un Marco de Integridad de los cargos públicos.

De conformidad con lo que establece la *Memoria de la Comisión de Ética Pública del Gobierno Vasco. Octubre 2013-Diciembre 2014*[14], el Marco de Integridad Institucional que impulsa el Gobierno Vasco se asienta en los siguientes ejes:

- Un Código Ético y de Conducta.
- Una previsión de mecanismos de difusión, formación, promoción y fomento de la internalización de tales valores, principios y comportamientos que se contienen en el citado Código por parte de las personas a las que va dirigido.
- El establecimiento de unos procedimientos o la habilitación expresa para su configuración, que tienden a salvaguardar la efectividad de los valores, principios y comportamientos recogidos en el Código.
- La implantación de un Sistema de Impulso y Supervisión del Código Ético y de Conducta, articulado en torno a la Comisión de Ética Pública, que es la pieza fundamental de cierre de ese Marco de Integridad y cuyo funcionamiento, como se ha expuesto, ha sido muy importante durante ese período de aplicación.

No se trata, a diferencia de otros documentos de este mismo carácter, de un Código declarativo o sin efectos reales, puesto que si se acredita un incumplimiento se activa un sistema interno de seguimiento que puede terminar, en el caso más traumático, con la propuesta de cese de la persona en el puesto de trabajo que ocupe o, en su caso, con la formulación de recomendaciones a los órganos competentes para que se corrijan las desviaciones producidas. Se prevé un sistema de adhesión individual.

Este Sistema, por tanto, descansa sobre la Comisión de Ética Pública. Esta Comisión de Ética, presidida por el titular de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia (actualmente de Gobernanza Pública y Autogobierno), está conformada por un alto cargo de la Administración Vasca (en estos momentos viceconsejero de Función Pública), dos miembros más que son expertos externos en la materia y una Secretaría, con voz pero sin voto, que corresponde actualmente a la persona que sea titular de la Dirección del Instituto Vasco de Administración Pública.

14. Editada por el IVAP en 2015. La *Memoria de la Comisión de Ética Pública* del Gobierno Vasco también ha sido editada por el IVAP en 2016.

Dentro de sus funciones está la de resolver los problemas o dilemas éticos que se le planteen, analizar en qué casos se incurre en vulneración del Código, proponer medidas de corrección a los responsables políticos competentes para adoptarlas, incluso de propuesta de cese de altos cargos o del personal sujeto al Código, así como elaborar un Informe anual en el que puede proponer cambios en la estructura o el contenido del Código Ético y de Conducta. De hecho, la Comisión de Ética Pública ha dado puntual respuesta a través de la deliberación a las cuestiones que se le han planteado; todas ellas se pueden consultar en la propia página web de la Comisión. Tal como expuso en su día Victoria Camps, "tanto para aplicar bien la legislación como para reaccionar ante los vacíos y ambigüedades de la ley, la actitud prudencial, responsable y abierta (…) más correcta –la más prudente– en sociedades democráticas (…) consiste en la práctica de la autorregulación"[15].

El funcionamiento de la Comisión de Ética Pública hasta la fecha puede considerarse como altamente satisfactorio, representando en estos momentos una buena práctica institucional en el panorama de los diferentes niveles de Gobierno del Estado español. Algo que es particularmente relevante, teniendo en cuenta que la cultura de la "legalidad" es la dominante en estas materias y que, sin perjuicio de que las instituciones vascas hayan aprobado una Ley específica de conflicto de intereses que también regula los principios éticos y de conducta (la Ley 1/2014, del Parlamento Vasco), el Código Ético y de Conducta ha encontrado su ámbito propio de actuación y ha supuesto asimismo una mejora en los estándares de conducta de la Alta Dirección Ejecutiva y del personal asesor de la Administración Pública vasca.

La única objeción crítica que se puede plantear a este modelo es que fija solo su atención sobre la alta Administración (altos cargos), aunque extiende su ámbito de aplicación al personal eventual, lo que en sí mismo también es un punto positivo. Sería recomendable que este primer paso dado por el Ejecutivo vasco tuviera continuidad ulteriormente por medio de la prolongación del Sistema de Integridad a toda la institución (Administración Pública vasca), también por tanto al personal al servicio de ese nivel administrativo, así como a todas aquellas entidades, empresas, asociaciones o personas que, a través de fórmulas contractuales o por medio de subvenciones, se relacionen con la Administración Pública.

El balance, en todo caso, se puede calificar de muy positivo, tal como atestiguan las dos Memorias hasta la fecha editadas por la Comisión de Ética y que pormenorizan sus actividades durante los años 2013 a 2015, a las que

15. V. Camps, *Breve historia de la ética*, cit., p. 406.

ya se ha hecho referencia. Se puede afirmar, por consiguiente, que en el Gobierno Vasco se ha construido de forma efectiva un Sistema de Integridad Institucional, aunque focalizado exclusivamente en la Alta Administración Ejecutiva y en el personal eventual; lo que ha constituido, sin duda, la primera experiencia en el marco del Estado español. Y, por esa misma importancia, se le ha dado eco puntual en el presente trabajo.

3
Una experiencia de código de conducta en una autoridad independiente: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Los códigos de conducta no han tenido hasta la fecha un desarrollo efectivo en la Administración General del Estado, por las razones expuestas en las páginas precedentes de este estudio. Aun así, en el año 2015 apareció una experiencia digna de ser traída a colación en el ámbito de las denominadas "autoridades independientes" (sobre todo a partir de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

Me refiero en concreto al código de conducta aplicable al personal al servicio de la citada Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que, en desarrollo del artículo 40.2 del Estatuto Orgánico de la citada Comisión (Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto), fue aprobado por Acuerdo del Pleno del Consejo de la CNMC el 18 de marzo de 2015[16].

Una de las características sustantivas del citado código de conducta es, sin duda, su carácter integral; esto es, extiende su aplicación no solo a los miembros del Consejo y al personal directivo de la institución, sino también a la totalidad del personal que presta servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, lo cual es, en sí mismo, una expresión de un modelo avanzado de integridad (en línea con lo dispuesto en la OCDE), al menos por lo que al ámbito de aplicación respecta.

Además, dentro de una concepción de Sistema de Integridad Institucional en su conjunto, incluye dentro de la parte dispositiva una serie de referencias de reenvío al marco normativo vigente en lo que afecta a cuestiones tales como incompatibilidades, conflictos de interés, código de conducta de

16. Ver el *Acuerdo de 18 de marzo de 2015, del Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por el que se aprueba el Código de conducta del personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2015).

empleados públicos, etcétera; si bien se trata de normas de reenvío, que en sí mismas algunas plantean problemas específicos.

El código de conducta diferencia lo que denomina como "obligaciones (genéricas) del personal al servicio", donde trata algunas cuestiones más relacionadas con el cumplimiento del ordenamiento jurídico (que se refiere más bien a principios jurídicos, que no son realmente materia específica de los códigos de conducta), de lo que se enuncia como "obligaciones propias" de los miembros del Consejo, directivos y empleados públicos, donde se contiene un listado (ciertamente no muy extenso) de auténticas "normas de conducta" (por ejemplo, en materia de secreto por la información confidencial, que se extiende incluso después del ejercicio de sus funciones; o de aceptación de regalos o favores; entre otras tantas). Esa regulación de obligaciones se cierra con otras "específicas", que solo se aplican a la zona alta de la institución (miembros del Consejo y personal directivo).

De esa regulación se echa, sin duda, en falta la presencia de algunos valores o principios de ética o de integridad institucional, que, una vez definidos, pudieran servir para enmarcar cómo se debe interpretar el alcance de las citadas normas de conducta. Esa inclusión hubiera reforzado mucho la idea-fuerza de una apuesta por la integridad institucional en una institución que, dado el carácter sensible de las funciones que ejerce, puede tener fuertes presiones, influencias o estímulos perversos para que la política de integridad institucional se ponga en cuestión o se vea debilitada.

El modelo de código de conducta de la CNMC incluye, sin embargo, algunos otros puntos de interés. El más relevante es que se regula un canal o procedimiento de denuncias por incumplimiento del código a través de la instauración de un buzón para vehicular tales denuncias, que tiene además carácter confidencial (algo importante por las relevantes funciones que desarrolla esa institución).

El control y seguimiento del cumplimiento del código se atribuye a un órgano de la propia Comisión, como es el Departamento de Control Interno, a quien se le atribuye la función de velar por el cumplimiento del código y de elaborar asimismo un informe final.

Es en este punto, así como en otros muy puntuales (por ejemplo, falta de reflejo específico de que se trata de un modelo preventivo de integridad institucional en la línea de lo marcado por la OCDE), donde el modelo propuesto tiene algunos signos de desfallecimiento, sobre todo si se quiere comparar con la realización plena de un Marco de Integridad Institucional en el pleno sentido del término. Al no dotarse de un órgano de garantía imparcial o con cierta independencia de funcionamiento (por ejemplo, con la incorporación de algunos externos), el correcto desarrollo del modelo

dependerá de la autonomía funcional que se otorgue a ese Departamento de control interno, sobre todo que quede ajeno a interferencias políticas o jerárquicas. Tampoco se le han atribuido funciones específicas de reprobación o de propuesta de cese (en el caso de los miembros del Consejo o del Personal directivo).

Aun con estas limitaciones, el modelo de código de conducta de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia puede ser considerado como un paso en la buena dirección, que debería reforzarse mediante la inclusión de algunas de las propuestas que antes hemos citado con la finalidad de construir un auténtico Sistema de Integridad Institucional.

4
La propuesta de Documento de "Principios de Ética Judicial" del Consejo General del Poder Judicial

El 16 de noviembre de 2016 fue difundido en el Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial un importante documento titulado: "Principios de Ética Judicial", elaborado por una Comisión de miembros de la judicatura y personas expertas en materia de ética, que, por fin, incluye en el ámbito del Poder Judicial una reflexión sobre la ética en la actividad de los jueces, y se suma a iniciativas emprendidas en el ámbito comparado desde diferentes espacios institucionales (algunas hace más de quince años), que se citan debidamente en el citado documento. Una vez más, el histórico "desnivel" español del que se hacía eco Julián Marías (en relación con lo que en otras democracias avanzadas se hace) parece corregirse o estar en vía de hacerlo[17].

El documento, en líneas generales, puede calificarse de técnicamente bueno, al menos en lo que a los aspectos de una cuidada redacción y de precisión se refiere. Ello es, sin duda, consecuencia del perfil profesional reconocido y de la experiencia profesional que acreditan las personas que han elaborado el citado texto. En este punto nada que objetar.

Al ser un documento aún en proceso de debate interno y no haberse aprobado por el Consejo General del Poder Judicial, el comentario que aquí se hará será sucinto. Y gira sobre los siguientes puntos:

17. Sobre ese déficit del Poder Judicial español (la inexistencia de un código de conducta) ya me detuve hace algunos años en el trabajo: "Imparcialidad judicial: su proyección sobre los deberes (código de conducta) y derechos fundamentales del juez", en el libro dirigido por el profesor Alejandro Saiz Arnaiz, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons/CEJFE, Madrid/Barcelona, 2012, pp. 27 y ss.

- El documento tiene como objeto principal reflejar una serie de valores y normas de conducta que deben guiar el desempeño de la jurisdicción (mejor dicho, de la actividad y de las conductas de los jueces en su ejercicio de la actividad jurisdiccional), con la finalidad obvia de fortalecer la confianza de la ciudadanía en la institución judicial (aspecto que no aparece reflejado tal vez con la fuerza o intensidad que requiere la construcción de un Sistema de Integridad Institucional del Poder Judicial).
- Asimismo, el documento resalta acertadamente que su contenido "no tiene nada que ver con el régimen disciplinario" (aspecto importante, aunque algo exagerado, dado que público objetivo al que va dirigido está formado en una cultura jurídica estricta y no deja de ser "un cuerpo de funcionarios"). Por tanto, el documento no tiene el carácter de "norma jurídica". Aunque si ello es así, bueno sería eliminar la expresión "artículos" del propio texto (véase, por ejemplo, el código de conducta del Gobierno Vasco o el de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).
- Esa caracterización como norma de autorregulación y exenta de carácter jurídico, se intenta reforzar con tres elementos: primero, dotándole de un (discutible) carácter de "voluntariedad", al predicar que la efectividad de tales principios se condiciona a que "cada juez los asuma como propios y los incorpore a su propia conducta" (si tienen un carácter de normas de ética o de carácter deontológico, que también lo tienen, bueno sería que no se les diera esa naturaleza "voluntaria"). Segundo, al establecer reiteradamente (también de forma discutible) una suerte de "cortafuegos" que pretende aislar (como si fueran dos mundos incomunicados entre sí, esto es, sin trasvase alguno) lo que haga el juez desde el plano ético de lo que pueda ser su responsabilidad disciplinaria (la "disposición final" es muy categórica al respecto, pero no solo esta); tal vez así, con esa disección marcada, se pueda facilitar "la digestión" de un proceso que nunca ha tenido grandes valedores en la carrera judicial, pero que contradice frontalmente lo que se prevé en el Estatuto Básico del Empleado Público (artículo 52) o en la propia Ley de Transparencia (título II, de Buen Gobierno). Los funcionarios judiciales siempre han sido "singulares", también para esto. Y tercero, relacionado con lo anterior, al desactivar cualquier efecto jurídico obligatorio o "vinculante" (ni siquiera en el plano de las propuestas) de sus efectos, lo que reduce mucho el campo de actuación de la Comisión de Ética, como luego se verá.

- La sistemática del documento es buena y la claridad de sus previsiones encomiable. Es de agradecer, en tal sentido, la construcción del documento en torno a cuatro grandes ejes, valores o principios, como son los de Independencia, Imparcialidad, Integridad, y un cuarto "principio cajón" denominado Cortesía, Diligencia y Transparencia. La simplicidad del documento es buena, porque identifica bien (con las precisiones que se harán) cuáles son los principios nucleares de la actuación de los jueces (aunque algunos sean, como se ha visto, "estirados" en su denominación).
- Si bien es cierto lo anterior, no lo es menos que dentro de los citados principios se incorporan otros tantos valores o principios (objetividad, desinterés subjetivo, respeto), con ausencia de algunos importantes (representación o imagen institucional, responsabilidad en el ejercicio de su profesión o ejemplaridad, por ejemplo), pero también se refleja sobre todo un amplio listado (bien configurado, en líneas generales) de auténticas normas de conducta, así como algunos principios que son más propios del buen gobierno (tales como diligencia, transparencia) y que deberían incluirse dentro de las "normas de actuación" y no tanto de "conducta".
- Un aspecto particularmente sobresaliente del documento es la creación de una Comisión de Ética, con lo cual uno de los elementos sustantivos del Marco de Integridad Institucional se cumple en este caso. Se trata de una Comisión con representación de jueces, magistrados y magistrados del Tribunal Supremo (2 por cada categoría) y con la presencia de una persona externa (elegida por los miembros togados) entre personas de reconocida competencia profesional en el campo de la Ética o Filosofía del Derecho o Moral. Una composición marcadamente "corporativa", pero al menos con una (modesta) mirada externa. Los miembros de la Comisión se eligen por los propios jueces y magistrados de cada categoría, mediante votación electrónica. Y sus funciones son principalmente la emisión de informes, dictámenes y recomendaciones a las consultas planteadas. Se reconoce que tales consultas (que tienen garantía de confidencialidad) solo pueden ser planteadas por las salas de gobierno, juntas de jueces, asociaciones judiciales o los propios jueces y magistrados, lo que cierra frontalmente la puerta a que se presenten denuncias o quejas por el incumplimiento del código por parte de ciudadanos o usuarios del servicio público de la justicia. Un aspecto que será objeto de polémica, con total seguridad. Ética judicial con una visión endogámica.

- Asimismo, la Comisión tiene como función prioritaria promover la difusión y el conocimiento de los Principios de Ética Judicial, lo cual es sin duda un elemento también relevante del Marco de Integridad Institucional que va encaminado a reforzar el carácter preventivo de la dimensión de la integridad como valor nuclear en el funcionamiento de tal modelo.

En cualquier caso, al margen de aspectos puntuales que pueden ser objeto de crítica (como en cualquier otro documento de estas características), no cabe sino aplaudir la iniciativa emprendida, pues supone incorporar la ética institucional a un ámbito férreamente configurado con un armazón conceptual jurídico-formal, para el cual este paso (por modesto que sea) es, sin embargo, un avance de notable importancia, si es que se plasma de forma definitiva. Tiempo habrá, sin duda, de comentar detenidamente su contenido una vez que el documento sea finalmente aprobado por el Consejo General del Poder Judicial.

El documento contiene elementos sustantivos propios de lo que es un Sistema de Integridad Institucional ("código de conducta" o principios de ética judicial; sistema de difusión y prevención; canales y procedimientos de solución de consultas; y órgano de garantía), tal vez le falte aquilatar y reforzar –en la línea de lo expuesto– algunos de esos elementos, así como añadir otros (evaluación y configuración "abierta" o "viva" de los principios éticos; esto es, como "instrumento vivo" o "trabajo en proceso"), por lo que –a pesar de lo expuesto– puede considerarse una propuesta no exenta de notable interés, en este largo y complejo proceso de asentamiento de la ética pública en el panorama institucional español.

Ahora solo debería tomar ejemplo el propio Consejo General del Poder Judicial y proceder, así, a aprobar un Sistema de Integridad que sea plenamente aplicable a su propia institución. No le vendría mal para reforzar su imagen y la confianza pública necesaria en ese órgano constitucional. Con ello evitaría que, tras la aprobación de ese documento de "Principios de Ética Judicial", se le aplique el refrán: "En casa del herrero, cuchillo de palo".

5
Otros casos de integridad institucional en las comunidades autónomas: una breve referencia

En este epígrafe, se trata exclusivamente de dar un somero repaso a algunas de las experiencias de tratamiento de los problemas de ética pública e integridad por parte de algunas comunidades autónomas. Tomaré solo algunos ejem-

plos o casos, exponiendo únicamente algunas ideas-fuerza y puntos críticos de los respectivos modelos. Al menos todos ellos (con diferente intensidad y acierto) son muestra de que algo efectivamente se mueve en el horizonte institucional público, también en el ámbito territorial, por lo que afecta a la ética pública. Si bien las propuestas y resultados son, tal como se verá, muy diferentes entre sí. Veamos.

5.1
Extremadura

Aparte de las tempranas leyes antes citadas de Galicia e Islas Baleares (que recogían algunos aspectos de este problema), se puede afirmar que, en el ámbito autonómico, el "Código Ético de conducta de los miembros del Consejo de Gobierno y altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura" de 2009[18], es probablemente la primera experiencia de estas características en esos niveles de Gobierno (luego le seguiría el código ético del Gobierno Vasco de 2011).

Este código extiende su ámbito de aplicación, asimismo, al personal directivo de las entidades del sector público vinculadas o dependientes de la Administración autonómica. Diferencia entre principios éticos y de actuación, destinados estos últimos a garantizar mayor transparencia, contención y austeridad en la ejecución del gasto público (la crisis económica ya había estallado por entonces).

La sistemática del código es muy sencilla: diferencia lo que son las medidas de buen gobierno de las medidas de transparencia. Dentro de las primeras establece ocho principios éticos, que no define. Entre ellos, paradójicamente, no están ni la integridad, ni la objetividad ni tampoco la ejemplaridad. Tal vez el hecho de que sea un código muy prematuro le hizo incurrir en tales omisiones. Pero sí que refleja de modo preciso normas de conducta. También prevé, dentro de las medidas de transparencia, lo que son propiamente hablando principios de actuación. La distinción entre principios éticos y principios de actuación es consistente, aunque baile un poco conceptualmente a la hora de aplicar los términos.

En todo caso, se trata de un código ético de conducta sin atisbos de insertarse en un Marco de Integridad Institucional. Tan solo prevé un sistema de seguimiento a través de un informe que anualmente el Consejo de Gobierno

18. Ver la *Resolución de 31 de marzo de 2009, del Consejero de Administración Pública y Hacienda* (DOE núm. 64, de 2 de abril de 2009).

elevará a la Asamblea sobre el grado de cumplimiento o incumplimiento del citado código; un informe que puede ser así como una suerte de rendición de cuentas (sometido al control parlamentario), pero que no deja de ser un instrumento muy débil como mecanismo de garantía del código. De todas formas, a través de las medidas de transparencia sí que se han difundido algunas cuestiones vinculadas (en mayor o menor medida) con el citado código[19].

5.2
Galicia

En 2014 se aprobó en esta Comunidad Autónoma un "Código Ético Institucional de la Xunta de Galicia"[20]. Este documento se trata de una experiencia de interés desde el plano formal, puesto que intenta un ensayo de síntesis de los principios legales que se encuentran diseminados por la normativa aplicable, y que van dirigidos a regular los principios de actuación y las normas de conducta de los altos cargos y funcionarios. En cualquier caso, la Ley 1/2016, de 18 de enero, como hemos visto, le da carta de naturaleza legal a este código. El carácter de "Código Institucional" ya nos advierte sobre su amplio ámbito de aplicación. A tal efecto, se recoge una batería de principios generales (una suerte de mezcla entre valores y principios), pero no se define cuál es su alcance y sentido, lo que se transforma en un listado más de una serie de principios, en algunos casos de aplicación discutible. A partir de ahí se prevé un amplio y extenso número de normas de conducta, que pretenden abarcar un conjunto importante de situaciones en las que se pueden hallar los cargos y servidores públicos, incluyendo incluso formularios para dar curso a determinadas cuestiones.

Uno de los datos más positivos de este instrumento es el amplio ámbito de aplicación que se recoge en el mismo, dado que esos principios y normas de conducta se aplican no solo a los altos cargos, sino también a todos los funcionarios y empleados públicos, incluyendo al personal eventual. Ese extenso ámbito de aplicación aporta una intuición innegable, como es sin duda la de construir (o pretender hacerlo) un Marco de Integridad Institucional que esté marcado por su carácter "integral"; esto es, que acoja a toda la institución. Esa vocación "integral" se ve además ratificada, por un lado,

19. Ver, por ejemplo: http://www.gobex.es/web/codigo-etico.
20. Mediante Resolución de 8 de septiembre de 2014, se publicó el Acuerdo del Consello de la Xunta de 24 de julio del mismo año por el cual se aprueba el Código ético institucional de la Xunta de Galicia.

en que se despliega a todo el sector público de la Xunta de Galicia; y, por otro, por la aplicación de algunas de sus previsiones también a las empresas que presten servicios a la Administración, recogiendo en los pliegos de contratación tales cuestiones.

Sin embargo, el modelo institucional propuesto ofrece signos evidentes de desfallecimiento cuando de garantizar el sistema de integridad se trata. En efecto, el órgano de garantía del sistema de integridad es un órgano más de la estructura directiva de la Administración de la Xunta, como es la Dirección General de Evaluación y Reforma Administrativa, lo que cortocircuita el posible carácter de órgano de garantía dotado de la autonomía, imparcialidad y objetividad necesarias para adoptar una política de integridad realmente efectiva. Se prevén asimismo algunos mecanismos propios de los sistemas de integridad (tales como la promoción o difusión), pero no existen unos canales idóneos de resolución de dilemas éticos o de quejas o denuncias, al menos no con las garantías necesarias.

5.3
Cataluña

El Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña publicó el pasado 23 de junio el *Acuerdo Gov/82/2016, de 21 de junio, por el que se aprueba el Código de conducta de los altos cargos y personal directivo de la Administración de la Generalidad y de las entidades de su sector público, y otras medidas en materia de transparencia, grupos de interés y ética pública*.

Con este importante Acuerdo se daba cumplimiento a las exigencias recogidas en el artículo 55 de la Ley del Parlamento de Cataluña 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Y, además, esa aprobación servirá presumiblemente de estímulo para que el resto de entidades públicas catalanas (por ejemplo, los Gobiernos locales) impriman una mayor celeridad en los procesos de aprobación de sus respectivos códigos de conducta de "altos cargos" y personal directivo, exigencia inexcusable de la Ley antes citada.

No cabe duda de que el código de conducta aprobado por el Gobierno de la Generalitat mejora cualitativamente el anterior Código de Buenas Prácticas de altos cargos aprobado en noviembre de 2013, que quedaba muy lejos de otras experiencias ya iniciadas entonces sobre esta materia en contextos no tan lejanos temporalmente (por ejemplo, el ya citado Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual del Gobierno Vasco, de 28 de mayo de 2013).

El nuevo código de conducta de la alta administración de la Generalitat se enmarca correctamente, tal como se indica en el citado Acuerdo, en la necesidad "de disponer de un sistema de integridad pública", y hace bandera, por tanto, de la "integridad" como motor de actuación de los cargos públicos. Va, por tanto, en la buena línea.

Asimismo, dentro de esa línea de actuación el Acuerdo establece tres medidas clásicas que se encuadran tradicionalmente dentro de los sistemas de integridad institucional, tal como la OCDE ha venido estableciendo desde hace casi veinte años. Por consiguiente, la construcción de un marco de integridad no es retórica, sino efectiva, al menos en algunos puntos. A saber:

1. Por un lado, se hace una apuesta clara por la difusión de los principios éticos y normas de conducta a través de políticas formativas, en las que la EAPC (Escuela de Administración Pública de Cataluña) en colaboración con otras instituciones tendrá un papel determinante. La difusión es una premisa de la prevención. Este punto tal vez se debería haber resaltado más, pero al menos aparece.
2. Por otro, se establecen mecanismos o cauces para resolver las consultas (dilemas éticos) que se puedan plantear por parte de los destinatarios del código (altos cargos y personal directivo), así como se prevé un procedimiento de quejas, incorporando un "buzón informático" con garantía de confidencialidad. El "precedente" de (un mal denominado) "buzón ético" puesto en marcha por el Ayuntamiento de Barcelona ha podido tener aquí su influencia[21].
3. Y, en fin, se prevé asimismo –y este punto es especialmente importante– la creación de un "Comité Asesor de Ética Pública", compuesto de forma mixta por dos altos cargos de la Generalitat y por tres funcionarios, licenciados en Derecho (no se entiende en este caso esa exigencia de titulación) y que ostenten puestos de trabajo con un rango orgánico como mínimo de jefatura de servicio. Son nombrados (al parecer discrecionalmente) por los titulares de tres departamentos de la Generalitat. Sus funciones son importantes y se despliegan sobre consultas, quejas, recomendaciones, informes

21. Las normas reguladoras del "Buzón Ético y de Buen Gobierno" del Ayuntamiento de Barcelona, fueron aprobadas por la Comisión de Gobierno el 6 de octubre de 2016. Pueden consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/es/buzon-etico-y-de-buen-gobierno.

y la elaboración de una memoria. A día de hoy (diciembre 2016), el número de consultas evacuadas por este Comité Asesor es de diez; teniendo en cuenta que se puso en funcionamiento en el mes de septiembre de ese mismo año, se puede considerar como una actividad razonable.

Sin duda, se ha dado un paso adelante en el proceso de construcción de un Sistema de Integridad Institucional. En cualquier caso, el modelo aprobado por el Gobierno de la Generalitat tiene, sin embargo, algunos puntos críticos que conviene recordar para que, en un futuro más o menos inmediato, puedan (si se estima oportuno) corregirse, pues los códigos de conducta –como se ha expuesto reiteradamente por la OCDE y recuerda Manuel Villoria– son "instrumentos vivos" y requieren adaptación permanente, ya que la lucha por la integridad debe mejorar constantemente los estándares de conducta para reforzar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones.

Esos puntos críticos son, a mi juicio, los siguientes:

1) El código es tributario –algo que no puede imputársele– de un modelo equivocado de configuración de la ética pública pergeñado en la Ley 19/2014. Como he puesto de relieve, es un modelo que se asienta en la sanción más que en la prevención. Con un denso y extenso tejido institucional de control (*Síndic de Greuges*, *Sindicatura de Comptes* y Oficina Antifraude), la citada Ley, más que fomentar, pone a "la integridad bajo sospecha". Y eso es una solución institucional mala. El código lo intenta reparar, pero se queda a medio camino. Tal vez no pueda hacer mucho más, pero alguna solución intermedia se podía haber intentado explorar.
2) El sistema de integridad que se diseña se reduce a la "zona alta" de la Administración. Pero este es un error común, no solo del modelo catalán. Paliado en parte en algunas propuestas recientes (por ejemplo, aquella que está impulsando, desde la propia Generalitat, un código de conducta aplicable a todos los servidores públicos), hubiese sido recomendable optar por la construcción de un sistema de integridad no segmentado, tal como viene sugiriendo la OCDE desde 1997. Focalizar los temas de integridad en la cúspide de la Administración puede ser una primera medida (ante la presión mediática existente y la mirada crítica de la opinión pública hacia los responsables políticos o directivos del sector público), pero ese enfoque no puede obviar que la integridad se debe predicar de toda la institución y no solo de los cargos públicos o del personal directivo. La OCDE, como se ha dicho, está a punto de aprobar una Recomendación donde incluso va más allá, tal como ya se ha di-

cho[22]. Sin ciudadanía honesta no puede haber política ni administración limpia.

3) Con todo, la debilidad más clara del modelo de integridad de la Generalitat estriba no tanto en las funciones del Comité Asesor de Ética Pública (muy hipotecadas por la propia Ley) cuanto en la composición del órgano. Ya el enunciado de Comité "Asesor" nos pone en la pista de las limitaciones (funcionales) del modelo. Pero de nuevo la Ley dejaba pocos resquicios, aunque alguno sí. A diferencia de los sistemas de integridad construidos en Euskadi, el modelo de Comité de Ética de la Generalitat opta por una composición mixta (cargos públicos y funcionarios), pero exclusivamente interna; esto es, sin la incorporación de "externos" (académicos o profesionales de prestigio en el ámbito de la ética). En cualquier caso, no parece muy apropiado incorporar a funcionarios para resolver dilemas o cuestiones éticas de altos cargos, puesto que la presión sobre aquellos puede ser muy fuerte (dados los casos difíciles que deberán resolver), más aún si ocupan puestos funcionariales de libre designación.

En cualquier caso, la estructura del código es adecuada. Hace una buena definición, por ejemplo, de los conflictos de interés, incorporando los conflictos "aparentes" (una línea de trabajo avanzada). Tal vez se eche en falta una mejor articulación de valores y principios, previamente definidos (una vez más la arquitectura de la Ley condiciona, aunque se podría haber salvado ese inconveniente de forma sencilla), pero se insertan correctamente las normas de conducta dentro de cada principio, si bien faltan algunos valores y ciertas normas de conducta (por ejemplo, qué hacer frente a las "investigaciones" o "imputaciones" de cargos públicos), pero la gestión cotidiana que se haga del código por el Comité Asesor ya lo irá advirtiendo. Aunque se ha creado recientemente (septiembre de 2016), el Comité ya ha tenido que resolver más de diez cuestiones (once en concreto hasta el 31 de diciembre de 2016), algunas complejas, que aparecen reflejadas en su página web.

La aplicación correcta de este sistema de integridad, ahora en sus inicios, requerirá –como ya señalara quien fuera una autoridad en la materia, Vladimir Jankélévitch[23]– práctica del deber. Y ello exige, como también recordaba este mismo autor, dosis evidentes de valentía personal. La clara apuesta por la integridad por la que están optando nuestras instituciones públicas se

22. OECD, *Draft Recommendation on the council on public integrity*, Deadline for comment, 22 march 2016.
23. *Curso de Filosofía Moral*, Sexto Piso, 2010, p. 171.

demuestra andando. No valen rodeos ni efectos cosméticos. Es una exigencia cotidiana.

5.4
Comunidad Valenciana

El caso de la Comunidad Valenciana es, probablemente, el más singular de los hasta ahora aprobados. En efecto, llama la atención inicialmente que los temas de ética pública e integridad institucional se establezcan por medio de una disposición de carácter general[24]. Este Decreto, si bien aprobado meses antes, debe relacionarse (aunque difieren en sus sistemas de garantías y en su ámbito) con la Ley de la Comunidad Valenciana 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos Públicos no Electos, que procede a la creación de una Oficina de Control de Conflictos de Intereses, cuya composición es exclusivamente funcionarial, cuando sus cometidos se despliegan sobre cargos públicos (lo que será, al igual que en el caso catalán, un hándicap importante en su funcionamiento efectivo). Aunque esa Oficina no conoce, en absoluto, los problemas relacionados con la regulación de la ética, sino solo los conflictos de intereses "legales" y las incompatibilidades en las que pueda incurrir la persona que ocupe un cargo público del ámbito de aplicación de la Ley.

Tal como se ha dicho en estas páginas hasta la saciedad, no se pueden confundir los planos normativo-jurídicos con los espacios de autorregulación. Bien es cierto que el Decreto de la Comunidad Valenciana regula algún aspecto que es propiamente objeto de una disposición normativa, como es sin duda todo lo relativo a los Registros de Actividades y de Bienes. Pero no lo es menos que, junto a ellos, aparece un elenco reducido de principios (que tampoco se definen) y muy amplio en cambio de normas de conducta, que no son propiamente hablando materia propia de una disposición de carácter general, sino más específicamente de un código ético o de conducta, como instrumento de autorregulación de un determinado colectivo.

El ámbito de aplicación de la norma es, en principio, el personal que tiene la condición de alto cargo o asimilado de la Administración Pública de la Comunidad Valenciana. No se extiende en este caso al personal eventual. Pero lo más llamativo es que se prevé la extensión de sus principios y normas de conducta, por la mera "adhesión personal" a otros ámbitos institu-

24. Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno de la Generalitat.

cionales, tales como los cargos públicos representativos locales o el personal directivo de las Universidades.

Las normas de conducta se articulan en torno a cinco grandes ejes o principios. Sorprende que en alguno de ellos (como es el caso del "compromiso con los valores democráticos y sociales") se incorpore como norma de conducta algo tan obvio como la sujeción a los principios constitucionales, el respeto a los derechos humanos o el compromiso contra la violencia. Son, como ya se ha dicho anteriormente, presupuestos básicos del ejercicio de un cargo público ejecutivo en un Estado democrático. No se deberían incluir en un código de conducta.

Asimismo, hay normas de conducta que se encajan en principios tales como la "sobriedad" (tampoco definido previamente), que pueden tener interés en un contexto de crisis económica y por prácticas precedentes que han podido ser contrarias al mismo, pero que desvían la atención principal sobre otros valores y principios mucho más fuertes (como es el caso de la objetividad, el desinterés subjetivo, la ejemplaridad, etc.). Y, en fin, se recogen una serie de normas de conducta que no son tales, sino que son principios de actuación propios de la idea de Buen Gobierno, no coincidente con las cuestiones éticas. Se presta atención a la transparencia, desde un triple punto de vista: contacto, currículum y agenda institucional. Y se reenvía el régimen sancionador a lo establecido en el título II de la Ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del que ya hemos expuesto claramente su error de concepto y su práctica inaplicabilidad. Mal reenvío.

Como órgano de garantía se establece el propio Consejo de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En este aspecto se ha seguido el (también equivocado) modelo estatal de la Ley 19/2013, si bien el Consejo de Transparencia de la Comunidad Valenciana tiene una Comisión Ejecutiva colegiada, que es la que ejerce las competencias más importantes. Su composición viene establecida en el artículo 41 de la Ley 2/2015, y cabe intuir que la misma tiene una fuerte impronta partidista, por haber tantos miembros como grupos parlamentarios. En todo caso, atribuir los temas de integridad institucional a un órgano cuya atribución principal es la transparencia, implica dotar de carácter vicarial a los temas de integridad frente a una cuestión tan instrumental como es la transparencia. En fin, el mundo al revés.

5.5
Aragón

Las Cortes de Aragón están tramitando un importante Proyecto de Ley de Integridad y Ética Pública[25]. Con las dificultades que conlleva, como es obvio, comentar un texto aún en proceso de tramitación y cuya versión definitiva puede sufrir cambios notables, es en todo caso importante dedicar algunos comentarios a lo que son las líneas maestras de este texto.

El Proyecto de Ley mezcla los planos normativos con los de autorregulación, aunque en algunos casos (como es el de los empleados públicos) reconoce un espacio de desarrollo de las normas legales, mientras que en otros, paradójicamente el de los altos cargos y asimilados (que es donde más recorrido objetivo existe), no prevé ningún instrumento complementario de código de conducta, regulando unos evanescentes principios éticos y de conducta en el texto del proyecto.

Se trata de una iniciativa normativa que, junto a notables puntos de interés (que los tiene), presenta flancos a la crítica, tal vez por la mezcla de "regulación" de lo que son normas obviamente reservadas a la ley (incompatibilidades, conflictos de intereses, órganos de garantía, régimen de lobbies, etc.) con otras que no deberían serlo (por ser ámbitos más propios de la autorregulación).

El ámbito de aplicación pretende ser muy amplio, pues encuadra tanto a altos cargos y otras figuras institucionales que se citan (diputados, miembros de la Cámara de Cuentas y del Consejo Consultivo, del Justicia de Aragón) como a los empleados públicos, aunque en este caso el reenvío es a lo que determine la legislación aplicable, con un pequeño resquicio en el que se admiten códigos específicos o singulares.

En todo caso, esa dualidad normativa se refleja con particular claridad cuando se prevén dos sistemas o mecanismos paralelos de carácter "sancionador": por un lado, la Agencia de Integridad y Ética Pública, y por otro, los órganos competentes en materia de conflictos de intereses e incompatibilidades. Este complejo sistema, mediatizado en parte por la confusa legislación básica estatal a la que ya se ha hecho referencia, puede condicionar bastante el modelo institucional propuesto.

La clave, en efecto, del modelo radica en la creación de una Agencia de Integridad y Ética Pública, pero al deslindarse con tanta confusión algunas de sus funciones y no preverse con claridad en qué casos habrá códigos

25. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 36, de 2015.

de conducta (salvo los previstos para los empleados públicos), se pueden endosar a este órgano una serie de cometidos que lo hagan poco efectivo: por ejemplo, la aplicación de unas "normas éticas y de conducta" de vaguedad considerable en sus contornos, y cuya definición quedará siempre a expensas de lo que resuelva ese órgano.

La Agencia de Integridad y Ética Pública se inspira en cierto modo en el modelo catalán (ente público comisionado de las Cortes de Aragón), pero sus cometidos funcionales son algo diferentes. Es un modelo singular, pero tampoco consigue construir un Sistema de Integridad Institucional coherente. Es cierto que en el Proyecto de Ley de Aragón hay muchos aspectos que son de notable interés y que es necesario citar en estos momentos: el enunciado de la Ley (y la incorporación de la expresión "integridad"); la apuesta por la difusión y formación en materia de ética pública e integridad; la incorporación de los diputados de Cortes al ámbito de aplicación de la Ley; la incorporación asimismo de los empleados públicos, lo que le da una visión "integral" de la integridad; la creación de una Agencia independiente, aunque cabrá esperar cómo se reparten los puestos de director y subdirectores; etc.

Pero junto a estos datos evidentemente positivos, se advierte un cierto desajuste conceptual en el enfoque correcto del problema, tal vez como consecuencia de la (mala) influencia de la Ley básica, que parece haber sido –también en este caso– una pesada losa.

5.6
Un caso avanzado de construcción de un Sistema de Integridad Institucional: la Diputación Foral de Gipuzkoa

Conviene traer a colación en estos momentos un caso singular, bastante reciente y, por tanto, con mucha menos experiencia práctica (aunque ya ha conocido varios asuntos) que el del Gobierno Vasco, en el que se inspira, como es el de la Diputación Foral de Gipuzkoa. Este caso se encuadra en el marco del Acuerdo Coalición PNV-PSE (Buen Gobierno) y del Plan Estratégico Mandato 2015-2019 (Buena Gobernanza), uno de cuyos objetivos es la Mejora de la infraestructura ética.

En efecto, el Acuerdo de la Diputación Foral de 9 de febrero aprueba los *Compromisos para una Gobernanza Ética, Inteligente y Eficiente*, donde se establece un Marco de Valores y Principios de Buena Gobernanza e Integridad Institucional. A partir de ese Acuerdo se aprobó a principios de

marzo otro que definía el *Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público*[26].

La Ética Pública no solo se predica, por tanto, de los cargos públicos forales (o altos cargos), sino que también se pretende extender a los empleados públicos y al conjunto de la Administración. Todo ello influye (tal como veíamos también en el caso gallego y catalán) sobre el sector privado, o si se prefiere sobre el tejido social y empresarial que entabla relaciones contractuales o es sujeto perceptor de subvenciones de la propia Administración.

Brevemente expuestas, las notas que caracterizan a este Sistema de Integridad Institucional (que así se denomina) son las siguientes:

- fomento de una cultura de integridad;
- mejora de la infraestructura ética;
- prevención y erradicación de malas prácticas y malas conductas.

El Sistema de Integridad apuesta, así, por no solo aprobar códigos para cargos públicos forales y asimilados, sino también extender tales instrumentos a la función pública (empleo público) y a la contratación administrativa o a las convocatorias de subvenciones.

Se aprueba, sin embargo, un primer código dirigido a los cargos públicos forales, como testigo de la apuesta institucional por la integridad, anunciando la posterior aprobación de un código de conducta que vaya dirigido a los empleados públicos. El código de cargos públicos forales prevé una adhesión voluntaria, pero que puede considerarse como relativa: pues si no se acepta el código no hay nombramiento.

Se prevé asimismo un sistema de difusión y prevención, así como la constitución de un órgano de garantía. También se prevé un sistema de rendición de cuentas y de evaluación.

El Código de Conducta y Buenas Prácticas establece un desdoblamiento nítido entre lo que son valores de integridad, por un lado, y principios de buenas prácticas, por otro. Los primeros tienen un contenido marcadamente ético, mientras que los segundos se reconducen a una buena gestión. Pero, además, junto a cada valor de integridad se sitúan o encajan una serie de normas de conducta que todo cargo público debe seguir, destinadas a orientar su forma de proceder desde el punto de vista ético. Y a cada principio de buena práctica se anudan asimismo una serie de normas de actuación,

26. Ver el texto completo del Sistema de Integridad Institucional, Código de Conducta y Buenas Prácticas de cargos públicos forales, así como Decreto Foral de creación de la Comisión de Ética Institucional del sector público foral del Territorio Histórico de Gipuzkoa, en http://www.gipuzkoa.eus/es/diputacion/sistema-de-integridad.

que pretenden guiar una mejora en la buena gestión pública de los cargos públicos forales.

Asimismo, se establecen mecanismos de "prevención" y de fomento de la cultura de integridad, que tienen como finalidad principal el desarrollo de infraestructura ética en la institución. También se prevén cauces y procedimientos de resolución de dilemas, quejas y denuncias. Y, en fin, como pieza de cierre del modelo, se establece un órgano de garantía: una Comisión de Ética con mayor presencia de "externos" (3) que de "internos" (2). Se trata de la apuesta institucional más valiente y singular en todo el panorama estatal.

Además, se incorpora un carácter subsidiario a los mecanismos reactivos, tales como la reprobación y, en su caso, propuesta de cese; estableciendo incluso un período transitorio de un año para insertar la cultura ética institucional en las formas de actuar de los cargos públicos forales (o, mejor dicho, para el asentamiento de los valores y las normas de conducta y su plena interiorización por sus destinatarios), puesto que tal código debería implicar un cambio de hábitos o de actitudes, con la finalidad de fortalecer o crear un "carácter" más ético. Y se prevé la aprobación periódica de "guías aplicativas" (elaboradas por la propia Comisión), que condensen en su condición de protocolos de actuación cuáles deben ser las conductas o formas de actuar más conformes al instrumento de autorregulación de los cargos públicos forales.

5.7
El reciente caso de la Comunidad Autónoma de Madrid

En fechas recientes se ha publicado el "Código Ético de los Altos Cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos", aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno[27]. Se trata de un código de factura algo distinta al de los anteriores. Se aplica a los altos cargos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma y figuras asimiladas de los entes adscritos a la misma (con expresa referencia a consorcios y fundaciones participadas mayoritariamente).

Tiene la virtud de que reduce los valores a solo cuatro, lo que representa un notable esfuerzo de síntesis: objetividad; transparencia; ejemplaridad; y

27. Ver el *Acuerdo de 31 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el código ético de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos* (BOCM núm. 263, de 2 de noviembre de 2016).

austeridad. Pero ello implica sacrificar algunos que son centrales en la inmensa mayoría de los códigos de ese mismo carácter: por ejemplo, la integridad (que lisa y llanamente no aparece). Además, hay una cierta confusión entre "objetividad" e "imparcialidad" (principio este último que se intercambia con el anterior, cuando su alcance no es precisamente el mismo: la imparcialidad se predica del ejercicio de la función pública, pero difícilmente de la actividad política, como ya se ha visto en estas páginas).

El código, además, sustituye las normas de conducta por "criterios", lo que da a entender que se trata de meras orientaciones o guías para que los altos cargos adecuen su acción pública a las mismas. Y la elección de la expresión "criterios" no es precisamente neutra. Aunque en los mismos se detallan auténticas normas de conducta o de actuación, lo cierto es que su incumplimiento no tiene consecuencia alguna. Y este es el punto más débil del modelo aprobado: no contiene ningún Marco de Integridad Institucional mínimamente elaborado, lo que transforma el citado código en un instrumento sin posibilidad efectiva de ser aplicado; un modelo, por tanto, que no tiene consecuencias reales sobre la mejora de la infraestructura ética de la organización.

Y ello se comprueba de forma fehaciente en que el citado código carece de órgano de garantía (no tiene una Comisión de Ética o no incluye la figura del comisionado). Tampoco incluye canales o circuitos (procedimientos) de planteamientos de dilemas, consultas, quejas o denuncias sobre su posible incumplimiento. El seguimiento del código se lleva a cabo por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Justicia, cuya función es "valorar (anualmente mediante un informe) el cumplimiento" del código, dando cuenta a la Comisión de Viceconsejeros y, en su caso, al Consejo de Gobierno. Ni siquiera se prevé expresamente que ese informe se publique en el Portal de Transparencia.

En conclusión, se trata de un modelo que, pese a ser el más reciente, apenas se ha sabido inspirar en las opciones más avanzadas de códigos éticos, sino que ha ido a un modelo de código formal, sin incluirlo en un Marco de Integridad Institucional. Este es, sin duda, el punto más débil de tal modelo. Su corrección no es compleja, siempre que hubiera voluntad política para hacerlo. De momento, sus virtualidades no serán muchas, a pesar de que se prevea un sistema de adhesión, que implica la obligación de seguir tales "criterios" (¿y qué ocurre si se incumplen u orillan?).

6
Experiencias locales de sistemas de integridad institucional

En el ámbito local de gobierno se han producido algunas experiencias de integridad institucional de cierto interés[28]. Ya han sido destacadas las experiencias que impulsó en su día EUDEL, que, si bien no han tenido continuidad hasta ahora, servirán sin duda de precedente para desarrollar las previsiones recogidas en el artículo 35 de la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi, donde se prevé la implantación preceptiva de códigos de conducta aplicables a los representantes locales y, en su caso, al personal directivo de las entidades locales. Una obligación que, con carácter previo, fue implantada (aunque con otro trazado normativo, más bien basado en un sistema sancionador) por el artículo 55 de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Parlamento de Cataluña. Fue, en todo caso, la primera Ley que impuso esa obligación a las entidades locales.

En todo caso, la primera experiencia que se llevó a cabo en este ámbito, como ya ha sido también expuesto, fue la impulsada por la Federación Española de Municipios y Provincias, que aprobó en su día un "Código de Buen Gobierno Local", del que ya me he hecho eco de algunas de sus líneas básicas. Este código ha sido incorporado mediante acuerdo por diferentes ayuntamientos, e incide en aspectos que tienen más que ver con principios de buen gobierno, algunas medidas para la mejora de la gestión y un buen número de propuestas vinculadas con el estatuto del representante local. La dimensión era, por tanto, más institucional, y apenas aborda –salvo en cuestiones puntuales– la conducta o el comportamiento que deben tener los políticos locales, volcando el punto de atención –tal como decía– no tanto sobre las cuestiones de integridad institucional como sobre los principios de buen gobierno y el estatuto de los representantes locales.

La FEMP elaboró un nuevo proyecto de Código de Buen Gobierno, que data de marzo de 2015, pero que –aunque con una mejor factura en su trazado– en cierta medida adolece de los mismos males, puesto que no es un código de conducta propiamente hablando, ya que combina la regulación de conductas con principios de buen gobierno. Tampoco incorpora un Marco de Integridad Institucional, pues no prevé realmente la creación de órganos

28. Sobre esta cuestión, puede consultarse el trabajo de C. Campos Acuña, "Códigos éticos y buen gobierno local en la Ley de Transparencia", *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 9, especialmente pp. 75 y ss.

de garantía. En todo caso, parece que este código no pasó de ser mero proyecto, pues no aparece como tal en la página web de la FEMP.

Asimismo, en el ámbito de los Gobiernos locales cabe hacer mención aquí a la existencia de diferentes códigos deontológicos que se han aprobado en determinadas ciudades francesas (París y Nantes, entre otras), a la multiplicación de este tipo de instrumentos en el ámbito de gobierno local en el Reino Unido, a la especial importancia de los códigos éticos aprobados en entidades locales de Australia, o, en fin, a la traslación de algunos de estos códigos también al panorama de Gobiernos locales en España (ayuntamientos de Castellón o Irún, Diputación de Ourense, etc.), algunos meramente retóricos y otros con alguna efectividad; pero también ha habido casos en que las tensiones derivadas de la gestión de conflictos éticos han acabado incluso afectando a la credibilidad institucional del sistema en su conjunto.

Un código pionero fue el del Ayuntamiento de Sant Boi, aunque con un trazado muy singular. Hay, asimismo, algunas otras experiencias locales que van encaminadas a reforzar la integridad institucional, como son los casos de los ayuntamientos de Mollet del Vallès, Vilanova i la Geltrú, o Sant Cugat del Vallès, entre otros, con diferentes trazados, pues el primero ha apostado por un Código Institucional integral con un sistema de garantía que descansa en el síndico municipal, mientras que el segundo inició un proceso de fortalecimiento de la política de integridad, también aplicada a toda la institución.

En la esfera local de gobierno, es preciso resaltar en estos momentos la aprobación reciente (noviembre de 2015) del Código de Conducta, Buen Gobierno y compromiso con la Calidad Institucional del Ayuntamiento de Bilbao, que representa un buen ejemplo de cómo un municipio elabora un código inserto en un Marco de Integridad Institucional a través de la configuración de una Comisión de Ética (con presencia de dos asesores externos de contrastado prestigio) que interpretará el alcance de los principios y las normas de conducta, y resolverá los dilemas éticos, pudiendo promover una serie de medidas con el fin de garantizar la efectividad del citado Código (entre ellas las de apercibimiento o, incluso, propuestas de cese o renuncia).

Se trata, en efecto, de impulsar una política de integridad institucional –y esto es importante– con carácter "preventivo", no "reactivo"; esto es, los estándares de conducta en la política vasca, independientemente de cuál sea la fuerza política que gobierne o haya gobernado las instituciones, son elevados (o, por lo menos, muy razonables), por lo que no se trata de aprobar un código para "quitar presión" mediática o ciudadana sobre malas prácticas, sino de impulsar la mejora continua de esos estándares de comportamiento institucional.

El código del Ayuntamiento de Bilbao se aplica a los cargos públicos representativos de la entidad y al personal titular de los órganos directivos, así como a los máximos responsables de las entidades del sector público. Entre sus características más relevantes se encuentra la de ser –al igual que el Código Ético y de Conducta del Gobierno Vasco– "un instrumento vivo", que tiene por tanto la finalidad de adaptarse a los tiempos. El papel de la Comisión de Ética es clave en este punto.

La apuesta del Ayuntamiento de Bilbao es un paso que, hasta la fecha, han dado pocas entidades locales. Evidentemente, hay aspectos que deberán desarrollarse y mejorarse conforme se planteen cuestiones, problemas o dilemas éticos (para eso está la propia Comisión de Ética), pero al estar el Código de Conducta inserto en un Marco de Integridad Institucional, es obvio que con ello se persigue principalmente la prevención a través de la mejora del clima ético de la entidad.

Si algo caracteriza al código del Ayuntamiento de Bilbao, como propusiera asimismo en su día el código de EUDEL, es que no solo contiene principios y normas de conducta éticas y de buen gobierno, sino que también incorpora unos compromisos institucionales que asumen tanto los miembros del equipo de gobierno como los concejales de la oposición, siempre, claro está, que se produzca el acto de adhesión de estos a las previsiones del citado código.

En todo caso, la Integridad Institucional no puede limitarse al espacio político-directivo, sino que, como se viene insistiendo en estas páginas, debe predicarse de toda la institución en su conjunto.

Los códigos, sin embargo, son solo una modesta herramienta para restaurar esa dañada confianza en las instituciones públicas, pero si se insertan en una política de integridad institucional del Gobierno municipal pueden ser una palanca efectiva para mejorar la confianza o, al menos, con el objetivo de paliar su erosión o colapso. Es digno subrayar, por último, que Bilbao ha dado un importante paso. Este avance cabe presumir que servirá de ejemplo para otros ayuntamientos. La imagen y la credibilidad de la institución ganan, pero también la marca de ciudad. Temas nada menores en un mundo en el que la competitividad institucional es la regla. Esperemos que el resto de Gobiernos locales (al menos los vascos) tomen nota.

Saliendo del ámbito vasco, es importante detenerse brevemente en lo establecido en su día por la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, del Parlamento de Cataluña. Esta Ley regula lo que denomina como el "código de conducta de los altos cargos" (aplicable asimismo a las entidades locales). También, al abordar el tema "Del registro de grupos de interés", se ocupa de los códigos

de conducta de los grupos de interés, así como del contenido mínimo que debe tener ese código de conducta de tales grupos. No acaban ahí las referencias al código de conducta, puesto que en el régimen de infracciones en las que pueden incurrir los "altos cargos" se tipifica como infracción muy grave el incumplimiento de los principios éticos y las reglas de conducta a que hace referencia el artículo 55.1 de la Ley; y como falta grave se establece asimismo "incumplir los principios de buena conducta establecidos por las leyes y los códigos de conducta, siempre que no constituyan una infracción muy grave". Un enfoque claramente sesgado hacia el terreno sancionador. A mi juicio, equivocado, pues mezcla códigos de conducta (de orientación preferentemente preventiva) con normas sancionadoras (de contenido represivo). Derecho e integridad pública se cruzan, con resultados que no serán nunca alentadores.

Esta obligación de aprobar códigos de conducta fue primeramente establecida por la Ley catalana. Pero esa Ley estaba marcada por el precedente del discutible Título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, ya que ese texto normativo estableció unos gaseosos principios "generales" y "de conducta" aplicables a los "altos cargos locales", pero no previó una obligación a las entidades locales de aprobar tales códigos.

Ese estrecho concepto del legislador básico ha sido reconfigurado con un carácter más abierto por el legislador catalán (al incluir una noción de buen gobierno algo más rica, pero aún insuficiente). En todo caso, el legislador catalán, contaminado por esa normativa expuesta, ha ido más lejos; puesto que la interrelación entre códigos de conducta y régimen sancionador se ha terminado constituyendo no como una suerte de *continuum*, sino más bien como parte integrante de un mismo sistema; esto es, de la lectura de la Ley 19/2014 puede dar la impresión de que el incumplimiento de los valores, principios o normas de conducta de tales códigos de conducta debe terminar, siempre y en todo caso, en sanciones (o en aplicación del régimen disciplinario). Sería mejor no ir por esta vía, sino optar por el régimen sancionador con carácter subsidiario y excepcional.

No obstante, la Federación de Municipios de Cataluña está impulsando en estos momentos la construcción de un Sistema de Integridad Institucional Local, y ha procedido a la elaboración de un anteproyecto de Código de Conducta-Tipo para las entidades locales catalanas, aplicable a los representantes locales, directivos (también del sector público institucional) y funcionarios con habilitación nacional. Este modelo de código de conducta se inserta plenamente en un Marco de Integridad Institucional ciertamente avanzado, y pretende que las entidades locales catalanas dispongan de un

texto al que puedan adherirse voluntariamente mediante acuerdos plenarios, y, en su caso, modificar sus valores, principios, normas de conducta o de actuación; pero se pretende configurar un estándar mínimo que sea aplicado en todos los entes locales mediante órganos de garantía propios (Comisionado, Comisión u órgano que se estime conveniente), así como se prevé la existencia de una Comisión Asesora de Ética Local, adscrita a la propia Federación, que resolverá mediante informe las dudas que los órganos de garantía locales puedan plantearle. Se trata, por tanto, de un modelo pionero en el ámbito local, pero aún pendiente de aprobación definitiva[29].

En fin, no hay, ciertamente, muchas otras experiencias de Gobiernos locales que hayan apostado hasta ahora por crear tales marcos de integridad institucional. Tampoco en otros niveles de Gobierno. El caso del Gobierno Vasco ha sido ya citado. El modelo más avanzado es, sin duda, este y el de la Diputación Foral de Gipuzkoa. Algo en esa misma dirección están haciendo –como se ha visto– otros Gobiernos autonómicos y alguna Diputación Foral más (como la Diputación Foral de Álava), así como alguna Diputación de régimen común.

Por otro lado, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi incorpora la idea de Integridad Institucional a través de la regulación recogida en el artículo 35, aunque esa integridad se acota a "la zona alta". Allí, en efecto, se prevé la obligación de que todas las entidades locales vascas deberán disponer de un código de conducta que reúna en su seno valores, principios, normas de conducta y normas de actuación, aplicables en todo caso a los representantes locales[30]. Este es un Código que requiere adhesión expresa y al que se puede sumar también el personal directivo. Ello explica que su aprobación sea por el pleno y, en su defecto, por la junta de gobierno. Si el código se pretende aplicar a todos los representantes locales es obvio que deberá ser aprobado por el pleno, si solo fuera un código aplicable al equipo de gobierno y personal directivo nada impediría que se aprobara por la junta de gobierno.

Este código de conducta, además, podrá contener principios de buen gobierno y de calidad institucional, así como normas de actuación en esta

29. El texto se puede consultar en el siguiente enlace (versión catalana): http://www.fmc.cat/novetats-ficha.asp?id=20089&id2=6

30. Ciertamente, hay alguna otra ley que ya preveía la aprobación de códigos de conducta en el ámbito local; por ejemplo, la Ley 1/2014, de 26 de junio, del Parlamento Vasco, o la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña (aunque en este caso conectaba el incumplimiento de los principios o normas de conducta con el régimen sancionador). Pero ninguna de ellas establece la posibilidad de implantar un sistema de integridad tal como prevé la propia Ley 2/2016.

materia. Algún precedente ya había en el Código aprobado por la Asamblea de EUDEL en mayo de 2013, pero la expresión más acabada –en el ámbito local vasco– es, tal como se ha reiterado en estas páginas, el Código del Ayuntamiento de Bilbao[31]. Sin duda, cada entidad local, de conformidad con el principio de autoorganización, deberá elaborar y aprobar su propio código. Pero una operación de este tipo es sencillamente absurda en un sistema local de Gobierno, como es el vasco, integrado por 251 ayuntamientos, así como por diferentes entidades locales de otro carácter. También lo es en Cataluña, con muchas más entidades locales (que superan el número de mil). Lo más razonable es que las distintas entidades locales se adhieran al código-tipo que –en el caso vasco– elabore en su día EUDEL, aunque la Ley vasca es algo confusa en este apartado, pues se refiere vagamente "al documento que a estos efectos puedan acordar sus representantes" (artículo 35.3). Esta expresión debería entenderse como una llamada (como así hacía el Proyecto de Ley) a que sea la asociación de municipios vascos más representativa la que proceda a la elaboración de un código de conducta, al que los diferentes ayuntamientos y el resto de entidades locales puedan voluntariamente adherirse.

Y ello tiene aún más sentido si se piensa que la Ley opta claramente por abrir la posibilidad de que se configure un sistema de integridad en el que se inserte el código como una pieza más, o como elemento sustantivo del mismo. Este sistema es potestativo, tal como establece el artículo 35.5 LILE, pero realmente es difícil hacer una apuesta efectiva por la integridad institucional local sin establecer un sistema de seguimiento, control y evaluación del código, del que –al igual que establecieran en su día el Gobierno Vasco y otras instituciones forales y locales del país– la Comisión de Ética es una pieza de cierre del modelo[32].

En el caso de las entidades locales vascas, la construcción de ese sistema de integridad institucional, tal como vengo insistiendo, no puede recaer sobre cada municipio o entidad local. Al igual que debe existir un código-tipo de conducta, también debería haber una Comisión de Ética común, sin per-

31. El Código de Conducta, Buen Gobierno y Compromiso con la Calidad Institucional del Ayuntamiento de Bilbao puede consultarse en la propia página web del municipio: www.bilbao.eus

32. Ver el *Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, cuya redacción inicial (ha sido modificado en alguna ocasión) fue publicada en el BOPV de 3 de junio de 2013. Un modelo ciertamente avanzado de integridad institucional, tal como reitero en el texto, es el recientemente aprobado (1 de marzo de 2016) *Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público*, cuyo contenido puede consultarse en la página web creada al efecto.

juicio de la existencia de la figura del Comisionado de Ética en cada entidad local (en este punto el ejemplo del modelo que está elaborando la Federación de Municipios de Cataluña, inspirado a su vez en modelos vascos anteriores, puede ser un marco de referencia). Las consultas, quejas o dilemas que se planteen en cada entidad local podrían ser elevadas a la Comisión de Ética para que diera un criterio común en su aplicabilidad. Nada peor para los sistemas de integridad institucional que optar en las entidades locales por soluciones distintas para resolución de problemas comunes. Y eso solo lo puede resolver una Comisión de Ética Local, con base en EUDEL. Parece que en el caso vasco es la solución institucional más razonable.

Lo mismo cabe decir del caso catalán, de forma corregida y aumentada. Aunque en este supuesto la existencia de dos asociaciones de municipios podría plantear algunas disfunciones, puesto que la promoción de un código-tipo por cada una de ellas se complica en cuanto que hay ayuntamientos o entidades locales que están inscritos a ambas. Probablemente, puede haber puntos de consenso. Y, en todo caso, tal como se ha dicho, se están llevando a cabo iniciativas tanto por la Federación de Municipios de Cataluña como por la Generalitat de Cataluña que pretenden cubrir ese vacío. En los próximos meses se despejarán tales incertidumbres. De momento, como se ha dicho, hay ayuntamientos que promueven sus propios códigos.

Especialmente importante –sobre todo por la relevancia de la ciudad que lo promueve– es el caso del Ayuntamiento de Barcelona, que requeriría un tratamiento aparte (aunque, cuando esto se escribe, solo es todavía un proyecto "normativo"). En efecto, el código de conducta de Barcelona se aprobará previsiblemente entre los meses de marzo y abril de 2017[33]. Ha tenido un complejo proceso de elaboración y su característica especial es que, a diferencia del resto de códigos hasta ahora examinados (con la excepción del existente en la Comunidad Valenciana), se pretende aprobar como una disposición de carácter reglamentario y no como un instrumento de autorregulación, lo que ofrece flancos evidentes a la crítica y convierte en sumamente rígido el código (y no en "un instrumento vivo" y flexible, como son el resto de códigos de esta naturaleza). Además, le da un fuerte contenido sancionador, más que preventivo, lo cual –sin duda influido por la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña–, y aparte del uso o mal uso que políticamente se pueda dar de esa orientación represiva, configura a esa experiencia de código de conducta en un modelo alejado completamente de las tendencias actuales de implantación de sistemas de

33. Se puede consultar el proyecto aprobado por la Comisión de Gobierno en la siguiente dirección electrónica: http://ajuntament.barcelona.cat/transparencia/ca/codi-conducta.

integridad institucional en el contexto estatal y comparado. El cierre del modelo (aunque se ha aprobado con anterioridad) se produce mediante la puesta en marcha de un denominado "Buzón Ético y de Buen Gobierno"[34], que por coherencia institucional se debiera haber aprobado, en su caso, una vez que se fijaran previamente los valores, principios y normas de conducta que se contendrán en el código de conducta.

34. Ver: *Normas reguladoras del Buzón Ético y de Buen Gobierno* (*Bústia Ètica i de Bon Govern*), Gaceta Municipal de 30 de enero de 2017, pp. 859 y ss.

El acceso de los electos locales a la información municipal en Cataluña[1]

Carmen Alonso Higuera
Secretaria general del Ayuntamiento de Cornellà de Llobregat

1. **Introducción**
2. **El derecho constitucional de participación política y el derecho de acceso a la información**
   2.1. El derecho constitucional de participación política
   2.2. Su relación con el derecho de acceso de los electos a la información
3. **Configuración legal del derecho de información**
   3.1. Información de acceso libre y directo
   3.2. Información sometida a petición y autorización
4. **Derecho de obtención de copias**
5. **Conclusiones**

Resumen

El reconocimiento constitucional de un amplio derecho de acceso a la información pública, más allá del derivado de la condición de interesado respecto de los procedimientos en los que se ostente tal condición, después de ser desarrollado a nivel general por la ya derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y, a nivel local, por la legislación estatal y autonómica de Régimen Local, que lo hizo tanto respecto de la ciudadanía en general, como respecto del específico dere-

Artículo recibido el 16/11/2016; aceptado el 31/01/2017.

1. Conferencia impartida en la sesión del *Seminari de Dret Local* de la Federació de Municipis de Catalunya de 11 de noviembre de 2016.

cho de acceso reconocido a los electos locales, ha venido a ser reforzado en los últimos años como consecuencia de las nuevas previsiones contenidas al respecto en la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en la que se contiene actualmente su régimen jurídico y alcance.

El reconocimiento de un régimen jurídico específico del derecho de acceso de los representantes locales, no obstante, debido a una a veces restrictiva y literal interpretación, había dado lugar, en ocasiones, a situaciones en las que el derecho de acceso de los electos llegó a ser considerado más limitado que el reconocido a la ciudadanía general, olvidando que, en estos casos, a la condición de electo se une la de ciudadano o ciudadana, y que, por lo tanto, los electos locales ostentan una doble legitimación para acceder a la información municipal.

A esta ocasional circunstancia se ha unido un muy generalizado bloqueo de este derecho de acceso por aquellos llamados a hacerlo posible, mediante la utilización de múltiples picarescas obstructivas, que han tenido que ser contestadas y neutralizadas por los tribunales.

En este marco, el objeto de este trabajo consiste en el análisis de la salud actual de este derecho a la vista del nuevo marco jurídico y de los pronunciamientos de la jurisprudencia.

Palabras clave: *democracia participativa; derecho de participación política;* ius in officium*; derecho de acceso a la información; información e informes; archivos y registros; acceso directo y acceso sometido a autorización; silencio positivo; reutilización; fiscalización y control; deber de confidencialidad; derecho a la obtención de copias*.

The right to access information of city councilors

Abstract

The constitutional right to access information –both for private citizens and city councilors– has been strengthened in recent years thanks to Law 19/2014, of 29 December, on Transparency, Access to Information and Good Government. Before 2014, this right was regulated in general terms by Law 32/1992, of 26 November, on Public Administra-

tions and General Administrative Procedure and, in relation to local governments, by State and Autonomous Communities legislation on local law.

However, a narrow and literal interpretation of the new legal framework has led to impose more limitations to the right to access information for city councilors than private citizens. It must be highlighted that city councilors are at the same time private citizens and, therefore, they have double legitimacy. Moreover, there have been malpractices in the exercise of this right by the individuals in charge of making it effective. These malpractices have been contested and neutralized by courts. In this context, this article analyzes the current health of the right to access information in light of the new legal framework and the recent case law developments.

Keywords: public participation; political participation; ius in officium; right to access information; information and reports; files and registers; direct access and authorized access; positive silence; reutilization; control; confidentiality duty; right to obtain copies.

1
Introducción

El derecho legal a la información deriva del artículo 105 de la CE, en el marco de la última redacción dada al ya derogado artículo 37 de la LRJPAC[2] por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno que, en la actualidad, regula esta cuestión en sus artículos 12 a 24. A nivel de Cataluña, dicha cuestión se regula en los artículos 18 y siguientes de la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

Todas estas normas regulan el derecho de acceso a la información pública referido a toda la ciudadanía y a toda la información pública, archivos y registros, y obligan a las Administraciones Públicas afectadas a establecer sistemas para integrar la gestión de las correspondientes solicitudes en el

2. El artículo 13.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula actualmente esta cuestión, efectuando una remisión directa, en cuanto a la regulación de este derecho, a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

funcionamiento de su organización interna, y a identificar de manera clara el órgano competente para resolverlas.

Pero el derecho general de acceso a la información aplicable a la ciudadanía en general, es sin perjuicio, tanto del derecho de acceso de las personas que tengan la condición de interesadas en los procedimientos, que, tal como señala la disposición adicional 1.ª de las leyes estatal y autonómica, 19/2013, de 9 de diciembre y 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, se regula por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como del derecho de acceso sobre materias que tengan previsto un régimen jurídico específico, como sucede con el derecho a la información de los miembros electos de las entidades locales, que se regula por la legislación de régimen local, respecto de la cual la legislación de transparencia constituye, únicamente, derecho supletorio, porque el derecho reconocido a los electos por la legislación de régimen local abarca un derecho más extenso que el propio que a cualquier ciudadano reconocen estas normas y el propio artículo 69.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en lo sucesivo LRBRL, pues, en terminología del artículo 77 de esta misma Ley, supone un derecho a obtener del alcalde y/o de la junta de gobierno todos aquellos antecedentes, datos o informaciones que resulten precisos para el desarrollo de su función y obren en poder de los servicios de la entidad local.

En consecuencia, los miembros electos de las entidades locales ostentan un doble derecho de acceso a la información: por una parte, el derecho especial de acceso que a su favor reconoce la legislación de régimen local como parte de su derecho de participación política y, en consecuencia, con naturaleza de derecho fundamental contenido en el artículo 23 de la CE, y, por otra, el derecho de acceso a la información, archivos y registros que a toda la ciudadanía reconoce la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno que anteriormente hemos mencionado, y así se infiere de los dictados de la jurisprudencia del Tribunal Supremo[3], cuando de forma temprana señaló que: "[…] resultaría obviamente un contrasentido el que los particulares interesados, en defensa de sus propios intereses, tuvieran derecho a la obtención de copias (que es una parte del derecho de información) y, por el contrario, que los concejales no tuvieran derecho a ello, cuando tienen reconocido un derecho especial de información, entre otros, en el artículo 77 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen

3. STS de 27 de septiembre de 1994 (Ar. 10.459).

Local, en los asuntos en que estén interesados, y ello, no para defender sus propios intereses y sí para la defensa de los intereses generales de los vecinos […]".

Entiende el Tribunal Supremo, en consecuencia, que, en su calidad de representantes políticos de los ciudadanos, los miembros electos ostentan en materia de información no solo los derechos que la legislación de régimen local les reconoce como tales, sino también los de aquellos a los que representan.

2
El derecho constitucional de participación política y el derecho de acceso a la información

Circunscribiendo nuestro estudio al primero de estos derechos, podemos fácilmente convenir en que de todos los derechos de carácter político que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los miembros electos, quizás el de acceso a la información sea el de más significativa importancia desde el punto de vista del *ius in officium*, pues el conocimiento de la información se convierte en un presupuesto previo y necesario para el efectivo ejercicio de los restantes derechos de carácter político, todos ellos derivados del derecho de participación política reconocido por el artículo 23 de la CE.

2.1
El derecho constitucional de participación política

Como señala F. de Carreras Serra[4], la idea de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos se encuentra en las raíces mismas de la democracia occidental, y se ha manifestado, fundamentalmente, a través de dos grandes vías: la participación directa, también conocida como democracia directa, y la participación indirecta o representativa. Para los partidarios de la primera (Rousseau) el pueblo solo es libre si cada individuo que lo compone puede participar por sí mismo en los asuntos que le afecten. Para los partidarios de la segunda (Sieyes), en cambio, el pueblo debe participar en las instancias del poder a través de los representantes que él mismo ha elegido.

4. Enciclopedia Jurídica Básica. Tomo II. Editorial Civitas.

En nuestra CE, sin embargo, encontramos elementos de una y otra forma de participación, pues si bien, a nivel de principios orientadores, el artículo 9.2 establece que corresponde a los poderes públicos facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, administrativa y social, en los preceptos posteriores se opta decididamente por la participación representativa, dando menor amplitud a las formas de participación directa, e, incluso, se circunscribe la participación representativa prácticamente al ámbito político, al no regularse, respecto de los ámbitos económico, social y cultural, grandes vías de participación.

De todas estas vías de participación destaca, por su especial importancia, la articulada a través del derecho de participación en los asuntos públicos configurada por el artículo 23.1 de la CE, más conocido como derecho fundamental de participación política, según el cual: "Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal".

Este derecho fundamental, que para el Tribunal Constitucional[5] constituye la forma de ejecutar la soberanía que reside en el pueblo y es, por tanto, en palabras de Santamaría Pastor, la auténtica vertiente subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado, como ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia antes citada, queda limitado a la participación política en estricto sentido, es decir, a lo que en el ámbito electoral se denomina derecho de sufragio activo, del que son titulares las personas físicas.

Pero para el Tribunal Constitucional también resulta evidente su íntima conexión con el derecho de sufragio pasivo, o derecho de acceso a los cargos públicos reconocido por el número 2 de este precepto, ya que ambos derechos son aspectos indisolubles de una misma institución: el sufragio universal, que hace realidad el principio de democracia representativa[6], de lo que se deriva que privar al representante de su función afecta no solo a él, sino también a todos los ciudadanos a los que representa de forma directa.

2.2
Su relación con el derecho de acceso de los electos a la información

El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la CE, como ha manifestado de forma reiterada el Tribunal Supremo[7], se desarrolla en uno de

5. STC 51/1984, de 25 de abril.
6. STC 24/1990, de 15 de febrero.
7. Entre otras, en sus sentencias Ar. 6010/1987, 8655/1988 y 2185/1998.

sus aspectos por el artículo 77 de la LRBRL, en Cataluña por el artículo 164 del Texto Refundido de la Ley Municipal de Cataluña, aprobado mediante Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, en lo sucesivo TRLMC, y, con carácter supletorio, por los artículos 14 a 16 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 2560/1986, de 28 de noviembre, en lo sucesivo ROF, y por la legislación de transparencia. El conjunto de estos preceptos reconoce a todos los miembros de las corporaciones locales el derecho a obtener de la alcaldía o presidencia, o de la junta de gobierno, todos aquellos antecedentes, datos e informaciones que obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función, como elemento necesario del *ius in officium* que el derecho de sufragio pasivo garantiza, en cuanto elemento necesario para que el derecho a participar en los asuntos municipales pueda ser real y efectivo.

Por tanto, la vulneración de este derecho de los electos a la información conlleva necesariamente la vulneración de un derecho fundamental que, en consecuencia, goza de una especial protección procesal, y puede ser alegada en vía de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, pero también en el orden contencioso-administrativo, mediante el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona que regulan los artículos 114 y siguientes de la LJCA, que tiene carácter preferente y sumario.

3
Configuración legal del derecho de información

La legislación de directa aplicación que regula el acceso a los documentos que obren en los archivos de las Administraciones Públicas por parte de los electos locales, como ya se ha adelantado, está básicamente constituida por el artículo 77 de la LRBRL y por el artículo 164 del TRLMC, así como, a nivel reglamentario, por los correspondientes reglamentos orgánicos y, con carácter supletorio, tanto por las leyes de Transparencia anteriormente mencionadas como, en caso de lagunas o silencio de estas normas o de los reglamentos orgánicos, por los artículos 14 a 16 del ROF.

Pero la redacción original del artículo 77 de la legislación básica se limitó a efectuar una declaración general del derecho a la información de los miembros electos locales, al establecer lo siguiente: “Todos los miembros de las corporaciones locales tienen derecho a obtener del alcalde o presidente o de la comisión de gobierno cuantos antecedentes, datos o informaciones

obren en poder de los servicios de la corporación y resulten precisos para el desarrollo de su función. […]".

Configurando este derecho de una manera general pero en cierto modo incierta, sobre lo que debía entenderse por "información necesaria para el ejercicio de su función", extremo que fue matizado por la jurisprudencia[8], según la cual el derecho fundamental a la participación efectiva en la actuación pública se manifiesta en una amplia gama de asuntos concretos, entre los que cabe destacar el derecho a la fiscalización de las actuaciones municipales y al control, análisis, estudio e información de los antecedentes necesarios que obran en los servicios municipales, tanto para esta tarea de control, como para documentarse de cara a decisiones a adoptar en el futuro.

Producto de esta interpretación, la jurisprudencia del Tribunal Supremo[9] también ha entendido que los miembros electos de las entidades locales no tienen por qué justificar, en función de un motivo específico, que el acceso solicitado es necesario para el desarrollo de su función, ni esta falta de especificación puede servir de base para su denegación. Más bien al contrario, como igualmente ha señalado esta jurisprudencia[10], es carga de la entidad local probar que la finalidad perseguida por los peticionarios de la información sea distinta de la que vincula el derecho de información de los electos a que su utilización tenga por finalidad el desarrollo de su función, lo que ha llevado al Tribunal Supremo a analizar en cada caso si la documentación solicitada debe reputarse precisa para el desarrollo de esta función[11].

Pero el derecho de acceso a la información se refiere a esta tal y como está configurada en la documentación administrativa, de forma que cuando lo que se solicite no sea concretamente la información en sí, sino una información específica que requiera un cierto tratamiento intelectual, no nos encontraremos tanto ante una solicitud de acceso a la información, como ante la solicitud de un informe o la petición de la elaboración de documentos nuevos, y eso sí que puede ser objeto de autorización discrecional por parte de la presidencia de la entidad local, tal y como se puso de manifiesto por algún tribunal superior de justicia[12] cuando señaló lo siguiente: "[…] el derecho a que se refiere el artículo 77 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local […] incluye la facultad de la consulta de documentos e

8. STS de 9 de mayo de 1998 (Ar. 4844).
9. SSTS de 26 de febrero de 1996 (Ar. 1629), 26 de junio de 1998 (Ar. 6288) y 5 y 17 de noviembre de 2000 (Ar. 2013 y 9618).
10. SSTS de 9 de mayo de 1998 (Ar. 4844) y de 12 de noviembre de 2000 (Ar. 2663). STSJ de Canarias de 24 de noviembre de 2004 (Ar. RJCA/2004/129).
11. SSTS de 14 y 25 de abril de 2000 (Ar. 4822 y 4825).
12. STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2000.

informaciones que obren en poder del ayuntamiento, pero no el derecho a la elaboración indiscriminada de nuevos informes".

Incluso el Tribunal Supremo[13] ha tenido ocasión de pronunciarse en este sentido, cuando entendió que lo que se solicitaba por unos concejales no eran datos concretos, sino un informe del interventor de un ayuntamiento sobre determinados datos, lo que entendía que no se encontraba incluido dentro del derecho de información de los electos, que únicamente se contrae a los documentos existentes en la entidad local, pero no a documentos elaborados *ad hoc*.

Y no podía ser de otra manera si tenemos en cuenta que, según se desprende del artículo 179 del TRLMC y del artículo 54 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, solo el presidente de la entidad local o una representación colegiada de sus miembros electos, concretamente un tercio, pueden pedir informes a los secretarios y a los interventores.

Tampoco de la dicción literal del precepto podemos extraer la errónea conclusión de que el acceso a la información va únicamente referido a la que se encuentre en poder de los servicios centralizados de la entidad local, sino que también incluye la relativa a los servicios desconcentrados y descentralizados mediante la existencia de entes instrumentales, incluso la relativa a servicios externalizados mediante la correspondiente relación de colaboración o cooperación o de carácter contractual, supuestos en los que el procedimiento de acceso puede ser determinado por el ROM.

Estas mínimas previsiones constituyeron la regulación básica de este derecho hasta que, en virtud de la Ley 11/1999, de 21 de abril, producto del denominado Pacto Local, se complementó el artículo 77 de la LRBRL con un segundo párrafo, según el cual: "La solicitud de ejercicio del derecho recogido en el párrafo anterior habrá de ser resuelta motivadamente en los cinco días naturales siguientes a aquel en que se hubiese presentado".

Llenándose de esta manera una laguna de la legislación anterior, que en el ámbito estatal se había resuelto por vía reglamentaria a través del artículo 14.2 del ROF, que, además de establecer el silencio positivo para el caso de que los órganos competentes no dictaran resolución o acuerdo denegatorio expreso, había ya establecido este plazo de cinco días para su resolución expresa, aunque con una diferencia, ya que, al no especificar si los días eran hábiles o naturales, por aplicación del artículo 48 de la entonces vigente LRJPAC[14], debían considerarse hábiles.

13. STS de 5 de noviembre de 1999 (Ar. 2010/2000).
14. Actualmente el artículo 31 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta previsión del ROF, sin embargo, no resultaba aplicable en las Comunidades Autónomas que disponían de sus propias previsiones legislativas al respecto, como sucedía en Cataluña, que inicialmente en el artículo 149 de su Ley Municipal 8/1987, de 15 de abril, y actualmente en el artículo 164 del TRLMC, en el que se refundió la Ley anterior, optó por un plazo de días hábiles diferente del que el ROF estableció un año antes.

Este precepto, tras realizar su apartado 1 una declaración de este derecho similar a la realizada por el artículo 77.1 de la LRBRL y por el artículo 14.1 del ROF, establece lo siguiente: "[…] la solicitud de información se entiende como aceptada por silencio administrativo si no se dicta resolución denegatoria en el plazo de cuatro días a contar de la fecha de presentación de la solicitud. […]".

Optó así la legislación catalana por un plazo de días hábiles diferente del que se estableció a nivel de legislación básica con la modificación de la LRBRL operada en el año 1999, que se mantuvo posteriormente en el TRLMC, a pesar de ser posterior, lo que nos plantea la duda de si este extremo del TRLMC puede implicar una vulneración de la LRBRL susceptible de fundamentar su anulación por el Tribunal Constitucional ante una eventual acción en este sentido, a la vista de los posicionamientos del Tribunal Constitucional en relación con la legislación de régimen local catalana, pues cuando esta se ha apartado de la dicción literal de la legislación básica, la solución final ha pasado siempre por declarar inconstitucionales los preceptos de la legislación autonómica. Para ello, no hace falta más que recordar su Sentencia 331/1993, de 12 de noviembre, en la que se declaró nulo el artículo 148.2 de la LMC, que establecía un plazo para que los concejales presentaran su declaración de bienes superior al previsto en la legislación básica.

De esta regulación básica del derecho de acceso a la información sorprende, sin embargo, un dato, y es el hecho de que se otorgue alternativamente la competencia a la junta de gobierno para resolver peticiones de información, cuando se trata de un órgano municipal que carece de competencias propias, ya que su función se limita a prestar asistencia al alcalde en el ejercicio de sus atribuciones, de lo que no se deriva contenido material alguno, y que significa que, respecto de cualquier petición de información que le sea dirigida, la junta de gobierno carece de potestad independiente del alcalde, especialmente si tenemos en cuenta que corresponde a este la competencia para convocar este órgano y para determinar su orden del día.

En consecuencia, su única virtualidad sería permitir a la alcaldía una decisión colegiada respecto de una petición de información, lo que, además de inoperante, dado el corto plazo que la ley prevé para su resolución, nor-

malmente incompatible con la periodicidad con la que se suelen reunir las juntas de gobierno, es innecesario, pues de desear una decisión colegiada, nada impediría a la alcaldía delegar esta competencia en este órgano.

A todas estas previsiones el TRLMC añade un nuevo elemento que viene a limitar la generalidad con que la LRBRL configura este derecho de los electos, al distinguir en el artículo 164 dos formas de acceso a la información.

3.1
Información de acceso libre y directo

En los supuestos de libre acceso, se establece la obligación de los servicios administrativos locales y, por tanto, del personal que en cada caso custodie la información, de facilitarla directamente a sus miembros electos, sin necesidad de petición escrita ni de autorización expresa o tácita, cuando se den los siguientes supuestos:

- **Cuando los electos ejerzan funciones delegadas y la información se refiera a asuntos propios de su responsabilidad.**
  Este primer supuesto, que no suele provocar grandes problemas interpretativos, aunque a veces la línea divisoria del ámbito de competencias de los diferentes concejales delegados no es lo suficientemente nítida, debido a deficientes redacciones de los decretos de delegación, habilita para que los electos puedan acceder directamente, sin ninguna autorización previa ni específica, a toda la documentación relativa a los expedientes y archivos relacionados con los asuntos sobre los que tienen responsabilidades de gestión y/o decisión.
  Se trata de un supuesto similar al regulado por el artículo 15.a) del ROF, con una única variación, consistente en que este último precepto se refiere también al caso de los concejales que ostenten responsabilidades de gestión, pero esta diferencia es irrelevante, ya que en estos casos nos encontraríamos necesariamente ante concejales con funciones delegadas, pues sin esta previa delegación, no pueden ostentar responsabilidades de gestión.
- **Cuando se trate de asuntos incluidos en el orden del día de las sesiones de los órganos colegiados de los que los electos sean miembros.**
  Este segundo supuesto, que opera de forma automática desde el momento de la convocatoria, pues mientras esta no se ha realizado, no existe orden del día, y que se mantiene hasta que se celebre la

sesión, habilita a todos los electos a acceder directamente, sin ninguna autorización previa y específica, a la documentación de los expedientes relativos a los asuntos que formen parte del orden del día de los órganos colegiados locales de los que formen parte, con independencia de que se trate de órganos decisorios, como el pleno y la junta de gobierno u otros órganos de gobierno descentralizados, o deliberantes, como las comisiones informativas y órganos colegiados similares.

Por lo que se refiere a este segundo supuesto, la regulación catalana difiere de lo previsto por el artículo 15.b) del ROF en el hecho de que este último precepto también establece, como información de libre acceso, las resoluciones o los acuerdos adoptados por cualquier otro órgano municipal, aunque los concejales no formen parte del mismo.

De hecho, ya en la época preconstitucional era tradicional el libre y directo acceso de todos los ciudadanos a los libros oficiales de actas del pleno y de la antigua comisión municipal permanente, actualmente junta de gobierno local, así como al de resoluciones de la alcaldía, en la misma línea en que, a nivel de legislación estatal, se consagra actualmente este derecho por el ROF, y de hecho el Tribunal Supremo[15] ha interpretado este supuesto en toda su extensión al declarar lo siguiente: "[…] el no formar parte de la Comisión de Gobierno de la Corporación [actualmente la Junta de Gobierno] no restringe su derecho a la información, dada su condición de concejal miembro de la Corporación y del Pleno, a quien, conforme al artículo 22.1.a) de la Ley 7/85, corresponden el control y la fiscalización de los órganos de gobierno de la Corporación […], ni que este concejal haya hecho divulgación pública de los datos que en otras ocasiones le fueron facilitados, porque en el caso de que estuviera obligado a mantener reserva de su contenido e incumpliese sus obligaciones, podría dar lugar a su responsabilidad […]".

Seguramente por ello la legislación catalana reconoce a todos los miembros de la corporación el derecho a que les sea facilitada la documentación íntegra de todos los asuntos incluidos en el orden del día de las sesiones de los órganos colegiados desde el mismo momento de su convocatoria, y, respecto de los que se incluyan

15. STS de 27 de julio de 1998 (Ar. 3787).

mediante declaración de urgencia, la documentación indispensable para poder tener conocimiento de los aspectos esenciales de la cuestión sometida a debate.

Se trata, por tanto, de una previsión referida a todos los miembros electos, sean o no miembros del órgano, y que va más allá del acceso directo a esta información, pues lleva implícito no solo el derecho de acceder a los documentos, sino también el de disponer de estos, aunque, al no configurarse formalmente como información de acceso directo, la responsabilidad de su cumplimiento no se residencia directamente en el personal al servicio de la entidad local, sino directamente en el nivel político.

- **Cuando se trate del acceso a información o documentación de la corporación local que sea de libre acceso a los ciudadanos.**

  Este tercer supuesto fue introducido por el TRLMC, ya que inicialmente la LMC no lo contemplaba, y en este sentido difería en este concreto aspecto del ROF, que en su artículo 15.c) siempre ha previsto un tercer supuesto de acceso directo a la información, relativo a la documentación de la entidad local que sea de libre acceso para la ciudadanía, en los términos establecidos por el artículo 70.3 de la LRBRL.

  Y el artículo 70.3 de la LRBRL establece que: "Todos los ciudadanos tienen derecho a obtener copias y certificaciones acreditativas de los acuerdos de las corporaciones locales y sus antecedentes, así como a consultar los archivos y registros en los términos que disponga la legislación de desarrollo del artículo 105, párrafo b), de la Constitución. La denegación o limitación de este derecho, en todo cuanto afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos o la intimidad de las personas, deberá verificarse mediante resolución motivada".

  Así sucede, por ejemplo, cuando se trate del acceso a la información de los registros de declaraciones de causas de posible incompatibilidad y actividades susceptibles de producir ingresos económicos y sobre bienes y derechos patrimoniales de los miembros electos, que tienen carácter público, o con el acceso al registro general de entrada y salida de documentos[16], que es de libre acceso para los ciudadanos, y actualmente también con toda la información sometida a lo que la legislación de transparencia denomina "publicidad

16. STSJ de la Comunitat Valenciana de 16 de junio de 2001 (Ar. 56.693).

activa", es decir, toda aquella información que necesariamente debe publicarse en el Portal de Transparencia.

Pues bien, en todos estos casos de acceso directo es obvio que la auténtica responsabilidad de la decisión recae en el personal al servicio de la entidad local que tiene a su cargo la documentación objeto de consulta, y toda mediatización de esta obligación directa del personal local ha sido contrarrestada por el Tribunal Supremo[17], que anuló en su momento una instrucción dictada por un alcalde, en la que se establecía en todos los supuestos la necesidad de autorización previa de la alcaldía para que el personal municipal permitiera a los concejales el acceso a la información directa.

En cambio, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña[18] consideró no hace mucho ajustada a derecho una instrucción aprobada por una junta de gobierno local, en la que se informaba sobre la regulación legal y la jurisprudencia vigente en torno al ejercicio de este derecho, a fin de poner freno al abusivo uso de una concejala que pedía sistemáticamente información de expedientes con el ánimo de colapsar el pequeño Ayuntamiento afectado, al considerar que ni constituía una disposición de carácter general, ordenanza, ni reglamento, sino una mera información, ni la Junta de Gobierno carecía de competencias para ello en sus funciones de asistencia al alcalde en el ejercicio de sus funciones, de ahí que el artículo 164.1 del TRLMC prevea la posibilidad de que la concesión de la información solicitada pueda derivar de este órgano.

Vemos, pues, que el problema no es tanto el instrumento, es decir, la instrucción, cuanto el contenido y la intención de este instrumento.

Y este deber del personal local es tan evidente que, incluso en los casos en los que se ha dado información directa a miembros electos que debía haberse formalizado mediante una petición formal, en los términos previstos en el artículo 77 de la LRBRL, los tribunales[19] no han considerado que con ello se hubiera cometido una infracción disciplinaria por parte del personal que facilitó la información, por no guardar el debido sigilo respecto de los asuntos que conoce por razón del cargo o de la función, al entender que se trataba de un informe de un funcionario que no constituía información reservada o sensible no accesible; que supusiera afectación de otros derechos de especial protección; o que pusiera al descubierto elementos o hechos de expresa protección; ni tampoco implicaba desvelar asuntos o información más allá del ámbito administrativo, dada la condición de concejal del soli-

17. STS de 26 de febrero de 2003 (Ar. 2513).
18. STSJ de Cataluña de 24 de febrero de 2014 (Ar. JUR/2014/155.590).
19. STSJ de la Comunitat Valenciana de 20 de febrero de 2015 (JUR/2015/123.081).

citante, por lo que no podía entenderse que la información obtenida se utilizara para beneficiar a un tercero.

Pero es que, además, esta sentencia tampoco consideró que se perjudicara con ello el interés público, al entender que no cabía confundir el interés público con el interés del equipo de gobierno.

3.2
Información sometida a petición y autorización

Fuera de los supuestos previstos anteriormente, tal como se establece expresamente, *a sensu contrario*, por los artículos 14 y 15 del ROF respecto de la legislación estatal, y por el inciso primero del apartado 3 del artículo 164 del TRLMC que venimos comentando en el resto de casos, la solicitud de información está sometida a autorización, entendiéndose aceptada esta por silencio administrativo si no se dicta resolución denegatoria expresa dentro del plazo legalmente previsto para resolver, que, como ya hemos comentado, en la legislación catalana es de cuatro días hábiles, difiriendo así de la regulación básica de este aspecto contenida en el artículo 77 de la LRBRL, en la redacción dada a este precepto por la Ley 11/1999, de 21 de abril, que contempla un plazo de cinco días naturales.

En este supuesto el procedimiento para autorizar el acceso a la información está regulado, a nivel estatal, tanto por el artículo 77 de la LRBRL como por el artículo 14 del ROF, que se limitan a establecer que la resolución denegatoria de tal derecho debe ser motivada, a diferencia de lo que hace nuestra legislación autonómica, ya que el TRLMC introduce en su artículo 164 un cierto desarrollo y detalle de los requisitos legales que deben darse para que proceda la denegación del derecho de acceso a la información, al exigir la concurrencia de los siguientes requisitos[20]:

- **Motivación**
  Que, tal como establece la legislación básica, la resolución denegatoria del derecho sea motivada, lo cual no es más que una consecuencia de lo que preveía con carácter general el artículo 54 de la LRJPAC, y, actualmente, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

20. La STSJ de Canarias de 23 de julio de 2004 (Ar. JUR/2004/718) recuerda que para recurrir la vulneración del derecho debe acreditarse que, previamente, se había pretendido el acceso a la documentación por los cauces correspondientes.

Al tener que ser motivada, se producirá normalmente por escrito, aunque algunos autores como Ortega Serrano consideran aceptable la decisión verbal manifestada ante el secretario, que a estos efectos extenderá diligencia de tal circunstancia a efectos de su constancia. Esta situación se daría, por ejemplo, respecto de la resolución de peticiones verbales de acceso a la información materializadas durante el transcurso de una sesión de una comisión informativa, del pleno o de algún otro órgano colegiado, en cuyo caso sería el acta el documento de acreditación.

- **Motivos tasados**

  Que esta denegación únicamente puede fundarse en los siguientes motivos:

  – Que el conocimiento o la difusión de la información pueda vulnerar el derecho constitucional al honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen[21].
  – Que se trate de materias afectadas por la legislación general sobre secretos oficiales –secreto estadístico, secreto informático, etc.– o por secreto sumarial[22].

  Ningún detalle más nos aporta nuestra legislación. Por lo tanto, tendremos que estar a lo que disponga la legislación especial y/o sectorial que, como la de protección de datos de carácter personal, la de secreto estadístico, la de sanidad y otras similares, puedan

21. Por lo que se refiere a este supuesto, resulta bastante problemático delimitar el ámbito de protección de la intimidad, el honor y la propia imagen, aunque existen supuestos evidentes en la vida local, como por ejemplo sucede con mucha de la información municipal en materia de sanidad y servicios sociales, desde el momento en que por imperativo de lo que disponen los artículos 3.j) y 61 de la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud pública de Cataluña, la autoridad sanitaria tiene la obligación de preservar la confidencialidad de los datos personales y los registros sanitarios deben sujetarse a la normativa reguladora de protección de datos de carácter personal.

En materia de secreto estadístico, la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, establece que son datos personales los referidos a personas físicas o jurídicas que, o bien permiten la identificación inmediata de los interesados, o bien conducen, por su estructura, contenido o grado de desagregación a la identificación indirecta de estos, en términos similares a como lo hace la Ley 23/1998, de 30 de diciembre, de Estadística de Cataluña. Finalmente, y por lo que se refiere a la información sometida a secreto informático, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, desarrollada por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, que aprueba su Reglamento de desarrollo, protege los datos personales y considera como tales cualquier información que se refiera a personas físicas identificadas o identificables.

22. La STS de 9 de febrero de 1998 (Ar. 2358) reconoce a los concejales el derecho al examen del Padrón Municipal de Habitantes, a pesar del principio de garantía del secreto estadístico, lo que no exime a los miembros electos de que, cumplida la finalidad de control para la cual quedan habilitados para acceder a esta información, deben guardar secreto respecto de aquellos datos personales que puedan afectar al derecho a la intimidad de las personas.

resultar de aplicación, para delimitar en cada caso, mediante un análisis casuístico, el alcance de este derecho, que aunque de ninguna manera podrá vulnerar el derecho constitucional al honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen de ningún ciudadano, sí podrá afectar, como veremos a continuación, a documentos que contengan datos de carácter personal.

Efectivamente, aunque resulta difícil extraer un criterio generalizable *a priori*, sí que podemos partir de esta premisa, ya que el Tribunal Supremo[23] ha reconocido un amplio derecho de los electos locales a acceder a información que, como el padrón municipal de habitantes, contiene datos de carácter personal, al considerar que una interpretación formalista de los límites constitucionales al derecho a la información, derivada de una visión expansiva del derecho a la intimidad, podría impedir, en general, la consulta de todo acuerdo o resolución que contenga datos nominativos.

De esto podemos deducir que, en caso de duda, no solo debe hacerse una interpretación favorable al derecho de acceso, sino que, además, el hecho de que la información contenga datos personales no constituye *prima facie* impedimento para el acceso.

Además, teniendo en cuenta la doble legitimación que ostentan los cargos electos para acceder a la información pública y el carácter supletorio de la legislación de transparencia, las limitaciones de acceso derivadas de la necesaria protección de datos regulada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal, deben partir de las previsiones generales contenidas en su artículo 7. Según esta legislación, en los supuestos en los que la información contenga datos de carácter personal, por concernir a personas físicas identificadas o identificables, pueden prevalecer otros derechos por encima del de acceso a la información, que justifiquen su condicionamiento, salvo que con carácter previo se disocien los datos personales de manera que se impida la identificación de las personas afectadas.

Partiendo de esta idea central y de la interpretación conjunta de ambas legislaciones, se establecen, además de este principio general, dos excepciones, de manera que cuando se trate de información que contenga datos personales, el órgano competente para autorizar el acceso debe distinguir dos supuestos:

23. STS de 9 de febrero de 1998 (Ar. 2358).

- **Que se trate de los datos personales especialmente protegidos siguientes (art. 7 LOPD):**
  - Datos que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias, a menos que su titular las hubiera hecho públicas previamente.
  - Datos que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual.
  - Datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no comportaran amonestación pública del infractor.

  En estos supuestos, si previamente no se disocian los datos personales, solo se podrá autorizar el acceso con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, o cuando este acceso de terceros esté amparado por una ley.

  Estos supuestos son ampliados o matizados por la legislación de transparencia catalana, cuando incorpora como nuevas causas de denegación del acceso la defensa de los derechos de los menores de edad, cuando el conocimiento o la divulgación de los datos pueda condicionar el libre desarrollo de su personalidad en el futuro, o vulnerar su intimidad o los demás derechos privados legítimos.
- **Que no se trate de datos personales especialmente protegidos**

  Cuando no se trate de datos personales especialmente protegidos, y siempre que no deba prevalecer la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos, la legislación de transparencia establece una doble regla general:
  - La regla general de concesión del acceso a la información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, el funcionamiento o la actividad pública del órgano de que se trate, como podría ser la información relativa a las personas que integran la junta de gobierno, o los concejales que ostenten delegaciones generales de la alcaldía.
  - La regla general de la necesaria ponderación previa y razonada entre el interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados titulares de los datos, aplicando en esta ponderación los siguientes criterios:
    - El menor perjuicio a los afectados derivado de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español[24].

24. Se refiere a plazos específicos establecidos por esta norma en relación con la consulta de documentos constitutivos del Patrimonio documental español.

– La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o en el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines científicos, históricos o estadísticos.
– El menor perjuicio de los derechos de los afectados cuando los documentos únicamente contengan datos meramente identificativos de aquellos.
– La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos puedan afectar a su intimidad o su seguridad, o se refieran a menores de edad.

A estos criterios a tener en cuenta para resolver las peticiones de acceso que contengan datos personales que no estén especialmente protegidos, la legislación de transparencia catalana, entiendo que como complemento de los que regula la estatal, añade el tiempo transcurrido, matizando las restantes causas de la siguiente manera:

- La finalidad del acceso, especialmente si tiene una finalidad histórica, estadística o científica, y las garantías que se ofrezcan.
- El hecho de que se trate de datos relativos a menores de edad.
- El hecho de que pueda afectar a la seguridad de las personas.

Lo que no cabe de ninguna manera, como se ha intentado en ocasiones, es remitir a los electos a los períodos legales concernientes a los trámites de información pública, pues, como han declarado los tribunales[25], no es de recibo que el ayuntamiento remita a los concejales al trámite de información pública de los instrumentos a los que pide acceder para materializar este acceso, ni tampoco calificar su conducta de pasiva y negligente por no haber hecho uso de este trámite, porque ello supone confundir un trámite dirigido a los ciudadanos interesados en un procedimiento con lo que supone el derecho de información que ostentan los electos en su condición de legítimos representantes de los ciudadanos.

En mi opinión personal, todos los miembros electos de las entidades locales deberían tener acceso directo a toda la información de la entidad, pues, si la información se encuentra en alguno de los supuestos que pueden justificar la denegación de su acceso, por afectar al derecho al honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen, esto también afectaría respecto del presidente y demás electos locales que ejerzan competencias delegadas, especialmente teniendo en cuenta que los miembros de la corpo-

25. SSTSJ de la Comunitat Valenciana de 4 de febrero y 15 de abril de 2004 (Ar. RJCA/2004/81 y JUR/2004/23.050).

ración deben respetar la confidencialidad de la información a la que tengan acceso por razón del cargo.

En este sentido el artículo 16.3 del ROF regula un deber de confidencialidad específico cuando establece que: "Los miembros de la corporación tienen el deber de guardar reserva en relación con las informaciones que se les faciliten para hacer posible el desarrollo de su función, singularmente de las que han de servir de antecedente para decisiones que aún se encuentren pendientes de adopción, así como para evitar la reproducción de la documentación que pueda serles facilitada, en original o copia, para su estudio".

Y el artículo 164.6 del TRLMC contempla que: "Los miembros de la corporación tienen que respetar la confidencialidad de la información a que tienen acceso en razón del cargo si el hecho de publicarlo puede perjudicar los intereses del ente local o de terceros".

El único problema que cabe plantear respecto de este aspecto, en particular por lo que se refiere a la regulación catalana, es qué deberíamos entender por "publicación" que perjudique intereses públicos o de terceros, ya que con una interpretación restrictiva se entendería que se trataría de su divulgación en los medios de comunicación, con el problema que plantea el hecho de que estos medios acostumbran a ampararse en su peculiar secreto profesional para no declarar sobre sus fuentes de información.

En mi opinión, con una interpretación amplia y coherente con los derechos que se quieren proteger, el término "publicación" debería referirse a la acción de hacer pública la información, con independencia del medio que se utilice.

Todo ello sin perjuicio de que el incumplimiento de esta obligación pueda ser susceptible de sanción por el presidente de la corporación, mediante la imposición de las multas a las que se refiere el artículo 78.4 de la LRBRL, o, incluso, constitutivo del delito de revelación de secretos tipificado por los artículos 197 y siguientes del Código Penal.

Ahora bien, lo que no cabe es justificar la prohibición del acceso en este deber de guardar reserva, pues, como nos recuerda la jurisprudencia[26], estos preceptos no establecen una prohibición de entregar copia de la documentación a los miembros electos de la corporación, sino una obligación legal de estos de guardar silencio y evitar su reproducción.

No contiene la legislación básica estatal ni el TRLMC ninguna previsión más, dejando la regulación detallada de la forma de ejercer el derecho a la potestad normativa municipal, que se puede y se debe ejercer a través del

26. STSJ de Extremadura de 19 de noviembre de 2003 (Ar. JUR/2003/950).

ROM, al menos si se quiere prescindir de la restrictiva y detallada regulación contenida en el artículo 16.1 y 2 del ROF, respecto de la forma concreta de efectuar la consulta o el examen de la información.

Según este precepto, la consulta y el examen concreto de los expedientes, libros y documentación en general se rigen por las siguientes normas:

a. La consulta general de cualquier expediente o antecedentes documentales podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, bien mediante la entrega de los mismos o de copia al miembro de la corporación interesado, para que pueda examinarlos en el despacho o las salas reservados a los miembros de la corporación.

   En este caso, y a efectos del oportuno control administrativo, el interesado deberá firmar un acuse de recibo, y tendrá la obligación de devolverlos en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas, o antes, en función de las necesidades del trámite del expediente en cuestión.

b. En ningún caso los expedientes, libros o documentación podrán salir de la casa consistorial o de las correspondientes dependencias y oficinas locales.

c. La consulta de los libros de actas y los libros de resoluciones del presidente deberán efectuarse en el archivo o en la secretaría general.

d. El examen de expedientes sometidos a sesión podrá hacerse únicamente en el lugar donde se encuentren de manifiesto a partir de la convocatoria[27].

Pero cualquiera que sea el procedimiento que se determine en el ROM, no debe tener nunca por objeto dificultar este derecho, sino facilitarlo, de ahí que los tribunales[28] hayan considerado que no se ajusta a derecho establecer un tiempo muy limitado a fin de recibir la notificación de la resolución de la petición de información, y hayan entendido que en estos casos su fin último es poner trabas ilegítimas al derecho de acceso.

27. En la STSJ de Andalucía de 30 de julio de 2003 (Ar. RJCA/2003/981) se considera que no se vulneró el derecho fundamental de participación política cuando se puso la información a disposición del peticionario, pero se denegó que la retirara del despacho del secretario para llevarla a las oficinas del grupo municipal peticionario y, subsidiariamente, a que esta fuera escaneada por un informático ajeno a la Administración, al no tratarse de personal municipal y referirse a documentación sensible y reservada, como las comunicaciones telefónicas de los concejales delegados.

28. STSJ de la Comunitat Valenciana de 26 de enero de 2011 (Ar. RJCA/2011/528).

En este sentido, ante el silencio de la legislación catalana, la regulación de este aspecto en el ROM podría inspirarse en la legislación de transparencia respecto del derecho de acceso de los ciudadanos, que, por otra parte, es de aplicación supletoria. En esta se establecen los siguientes mecanismos en función del sentido de la resolución:

- **Resoluciones estimatorias**, en cuyo caso se formalizará el acceso, total o parcial, a la información de forma gratuita e inmediata, en los términos siguientes:
  a. Si la información ha sido publicada, la resolución se limitará a indicar al solicitante cómo puede acceder a ella.
  b. Si no ha sido publicada, se hará preferentemente por vía electrónica, a menos que no sea posible o que el solicitante haya optado por otro medio, y de forma simultánea a la notificación de la resolución estimatoria o, si no es posible, en un plazo no superior a 10 días a contar desde la misma.
     No obstante, cuando haya existido oposición de terceros, este acceso no se hará efectivo hasta que:
     – La resolución que lo autorice sea firme por haber transcurrido el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo sin que este se haya formalizado.
     – Se haya dictado sentencia, entiendo que en primera instancia, resolviendo el recurso contencioso-administrativo interpuesto en el sentido de confirmar el derecho de acceso.

     Obtenido el acceso a la información, el tratamiento que se dé a esta quedará sujeto a la normativa de protección de datos personales, es decir, a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos.
- **Resoluciones desestimatorias**, en cuyo caso, además de indicar los motivos y, en su caso, que la mera indicación de la existencia o no de la información podría suponer una vulneración de alguno de los límites al acceso, se abre la puerta a su impugnación.

Para finalizar, únicamente recordar que los actos que resuelvan las peticiones de acceso son susceptibles de los recursos administrativos previstos por la LPACAP, en los mismos supuestos y condiciones que el resto de actos administrativos locales que ponen fin a los procedimientos administrativos[29].

29. Respecto de esta cuestión, en Cataluña se ha planteado la viabilidad legal de que, por aplicación supletoria de la legislación catalana de transparencia, las resoluciones de solicitudes de los electos de acceso a la información sean susceptibles del régimen de im-

4
Derecho de obtención de copias

Una de las manifestaciones del derecho de los miembros electos locales a la información, la constituye el derecho a obtener copias de determinados documentos. De hecho, el artículo 16.1.a) del ROF reconoce el derecho a la obtención de copias en los casos de libre acceso de los concejales a la información, y en los supuestos en los que sea expresamente autorizado por la presidencia de la junta de gobierno, de lo que parece desprenderse que, salvo en los supuestos de información de libre acceso, en el resto el presidente de la entidad puede, discrecionalmente, autorizar o denegar la expedición de copias o fotocopias, lo que nos parece, sin ningún género de dudas, excesivo.

Así lo entendió el Tribunal Supremo en una de sus sentencias[30], cuando señaló: "[…] la referencia genérica a facilitar información, puede y debe comprender la expedición de copias o fotocopias, ya que si informar, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, es enterar, dar noticia de una cosa, es claro que la mejor forma, o uno de los modos de informar, es dar copia del escrito sobre el que se ha de informar, como esta Sala ha declarado en Sentencia de 22 de noviembre de 1989, al precisar que 'la entrega de copias es tan solo uno de los medios a través de los cuales pueden los concejales obtener información'; […]".

Sin embargo, el Tribunal Supremo varió posteriormente su postura inicial, entendiendo en sus sentencias posteriores[31] que el derecho de información contenido en el artículo 23.2 de la CE no incluye, como contenido propio del derecho fundamental, el derecho a la obtención de copias o fotocopias, que tan solo pueden obtenerse en los casos legalmente autorizados de acceso libre de los concejales a la información, o cuando ello sea auto-

pugnación especial contemplado en esta legislación, que permite interponer, potestativamente, una reclamación administrativa ante un órgano externo a la Administración autora del acto, que es nombrado por la Generalitat, y de hecho este órgano externo está admitiendo a trámite estas reclamaciones, aunque en estos momentos esta cuestión se encuentra *sub iúdice*, al haber sido impugnada por un ayuntamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por tanto, deberemos estar en el futuro a lo que resuelva el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, aunque, en mi opinión, la aplicación supletoria de la legislación de transparencia catalana no debería extenderse a esta cuestión, ya que en este concreto aspecto no creo que podamos mantener que existe una laguna legal.

30. STS de 27 de diciembre de 1994 (Ar. 1992), aplicada posteriormente por los tribunales superiores de justicia, como el de Extremadura en sus sentencias de 19 de noviembre de 2002 y 2003 (Ar. RJCA/2002/1168 y JUR/2003/950).

31. SSTS de 5 de mayo de 1995 (Ar. 3641), 29 de abril de 1998 (Ar. 4574), 13 de febrero y 20 de mayo de 1998 (Ar. 2185 y 4574), 21 de abril de 1999 (Ar. 3006), 14 de marzo de 2000 (Ar. 3182) y 30 de mayo de 2003 (Ar. 4281).

rizado por la presidencia de la junta de gobierno, señalando que el caso que se planteaba en su anterior sentencia de 27 de diciembre de 1994, a la que hemos hecho referencia en primer lugar, no se refería a un supuesto en el que estuviera en juego el derecho fundamental del artículo 23.2 de la CE, sino el derecho ordinario.

Pero de estas sentencias lo único que se desprende es que el derecho de copia no formaría parte del núcleo esencial del derecho fundamental de participación política, y consideraba el Tribunal Supremo que esto era así porque en estos casos no resultaba aplicable, ni siquiera con carácter supletorio, lo que entonces disponía el artículo 37.8 de la LRJPAC respecto del derecho de acceso a la información de los ciudadanos en general, según el cual el derecho de acceso a la información conllevaba el derecho a obtener copias o certificados de la misma; pero actualmente la situación es diferente por los siguientes motivos:

- En primer lugar porque la disposición final primera de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, declara su carácter supletorio respecto de la legislación especial que regula el derecho de acceso de los electos[32], y aunque esta Ley ya no hace un reconocimiento explícito de esta cuestión referida a que el derecho de acceso lleve implícito el derecho de copia, de la regulación de la forma de facilitar la información y, en particular, del tenor literal de su artículo 22.4 se desprende que el derecho de acceso lleva inherente el de copia, con la única diferencia de que mientras el primero es gratuito, la expedición de copias puede dar lugar a una exacción.
- En segundo lugar, porque aunque no se tratara de legislación supletoria, los electos tienen a su vez la condición de ciudadanos, y el artículo 70.3 de la LRBRL, como ya hemos visto, reconoce a todos los ciudadanos el derecho a obtener copias y certificaciones, no solo de los acuerdos locales, sino también de sus antecedentes.

En cualquier caso, lo que no se puede poner en duda es que mediante la regulación autonómica o la de los ROM se puede desplazar la aplicación del artículo 16 del ROF, y configurar un derecho de los electos a la obtención de copias menos restringido y más amplio que el que en este precepto estatal supletorio se prevé, ya que entender que este derecho a obtener copias no forma parte del derecho fundamental de acceso a cargos públicos y participación política del artículo 23.2 de la Constitución, tan solo implica que

32. En el mismo sentido se pronuncia la legislación de transparencia catalana.

no es susceptible de amparo constitucional, ni del procedimiento especial de impugnación de la LJCA, pero no supone obstáculo alguno para que la legislación local contenga una nueva configuración del derecho a la información que cubra su faceta de desarrollo constitucional y su faceta de derecho ordinario, e incluya el derecho de los concejales a obtener copias, y esta es una tarea que, además, si no fuera porque en Cataluña el artículo 164.5 del TRLMC ya contempla esta previsión, sería perfectamente asumible por los ROM, en la medida en que ello no supondría una restricción de los derechos reconocidos por la Ley, sino una ampliación de estos, lo que es tarea típica de estos reglamentos, en la medida en que se refiere al estatuto de los miembros de las corporaciones locales, ámbito respecto del que la jurisprudencia ha reconocido un amplio marco de actuación a estos instrumentos normativos.

Lo cierto es que en Cataluña el TRLMC ya reconoce a los miembros de la corporación el derecho a obtener copia de la documentación a la que tienen acceso, bien en formato papel o bien en el soporte técnico que permita acceder a la información requerida.

Cuestión distinta es la necesidad de limitar los abusos que se pueden producir en el ejercicio de este derecho[33], que han dado lugar a abundante jurisprudencia, de la que pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a. Concreción de la documentación

Que salvo supuestos debidamente justificados, las peticiones de copias o fotocopias deben referirse a documentos concretos, a fin de evitar situaciones abusivas susceptibles de paralizar la actividad municipal[34], y deben ser suficientemente claras[35].

En cambio, el detalle de la documentación cuya copia se solicita no es predicable cuando lo que se pide es el acceso a la información en general, pues, como señaló el Tribunal Supremo en una sentencia del año 1997[36], respecto de una solicitud de acceso y examen de facturas y órdenes de pago durante una legislatura, exigir mayor concreción en la petición de los documentos a examinar supone condicionar el ejercicio del derecho constitucional del artículo 23.2 al criterio de la alcaldía, pues es indudable que, para poder realizar su función de fiscalización y de control, es necesario tener todos los datos, para luego seleccionar aquellos que puedan ser útiles para

33. La STS de 13 de febrero de 1998 (Ar. 2185) aborda esta cuestión de obtención indiscriminada de copias de documentos.
34. STS de 9 de febrero de 1995 (Ar. 1671).
35. STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004 (Ar. JUR/2004/251.338).
36. STS de 23 de junio de 1997 (Ar. 968).

el cumplimiento de la función encomendada a los concejales, sin que el hecho de que el número de documentos a examinar sea voluminoso sea obstáculo para ello, pues no impide la tarea de reconocimiento y determinación de la citada documentación.

Lo que nos lleva a considerar que esta concreción de la documentación debe interpretarse en sentido amplio, de ahí que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía[37] considerase que la solicitud de las facturas pagadas durante el año en curso a los árbitros de los juegos municipales, aun no individualizándose cada una de ellas, no pueda considerarse genérica, dado que el número de facturas previsible no sería tan alto que precisara de una actividad administrativa extraordinaria para atender la petición.

En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Superior de Justicia de Madrid[38] ante una petición de información respecto del funcionamiento del Ayuntamiento y respecto de la utilización del Salón de Plenos, al considerar que el derecho contenido en el artículo 77 de la LRBRL ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de entender que nace siempre y cuando la solicitud de información y datos sea lo suficientemente clara y concreta para facilitarlos.

También se deriva de otros pronunciamientos de otros tantos tribunales superiores de justicia[39], en los que:

- Respecto de una petición de consumos de teléfono y licencias concedidas de antenas de telefonía móvil, con detalle de su localización, el Tribunal, a pesar de considerar proscrita toda posibilidad de petición genérica de información, estima la pretensión al considerar que no debe ser difícil de localizar esta información, llegando a la conclusión de que la negativa a facilitarla imposibilita que los concejales peticionarios desarrollen su función.
- También se resuelve en similar sentido respecto de una petición dirigida a un concejal en concreto, referida globalmente a los expedientes de ayudas que la Concejalía de Asuntos Sociales había concedido en un mes concreto del ejercicio.

37. STSJ de Andalucía de 24 de febrero de 2003 (Ar. 231.198).
38. STSJ de Madrid de 22 de enero de 2004 (Ar. 251.338).
39. SSTSJ de Murcia de 31 de enero de 2003 (Ar. JUR/2003/93371) y de Canarias de 24 de noviembre de 2003 (Ar. RJCA/2004/129).

b. Efectos paralizadores de los servicios

Que la presunta paralización de servicios no es causa ni fundamento suficiente para una resolución denegatoria de la entrega de copias, pues esta entrega puede irse efectuando de forma diferida en el tiempo, sin que se produzca este entorpecimiento[40], y que no se da esta situación de abuso cuando lo que se solicita es un derecho de acceso directo a información detallada, que no necesariamente debe ser facilitada en bloque, sino ofrecida gradual y progresivamente[41]. Lógicamente, esta circunstancia, que debe modularse en función de las características de la Administración y de los medios materiales y personales de los que disponga, no solo debe declararse en la resolución denegatoria, sino que también debe motivarse, demostrando la imposibilidad de facilitar información de otra manera.

c. El derecho de copia como derecho ordinario

Que a pesar de no constituir el derecho de copia un derecho fundamental, sino ordinario, se ha considerado vulnerado el derecho fundamental de participación política cuando de la situación se desprende una clara voluntad de impedir el acceso a la información[42], no, en cambio, cuando se facilita de forma defectuosa o incompleta[43].

d. Ilicitud penal de determinadas conductas

Que, además, impedir o dificultar el ejercicio de este derecho con conciencia de la ilicitud de esta conducta, puede dar lugar a la comisión de un delito tipificado en el artículo 542 del Código Penal, al impedir a las personas el ejercicio de sus derechos cívicos reconocidos en la Constitución Española.

De hecho, la Audiencia Provincial de Teruel[44] confirmó la sentencia de un juzgado penal por la que se imponía a un alcalde una pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, por tiempo de tres años por cada uno de los delitos, que supuso la privación definitiva del cargo de alcalde y de electo municipal, como consecuencia de la denegación radical de la petición de datos e informes dirigida por algunos electos, sin más fundamento que su unilateral criterio de que no era esta documentación necesaria para el desarrollo de sus funciones.

40. STC de 28 de septiembre de 1988.
41. STS de 8 de noviembre de 1988 (Ar. 8655).
42. STS de 13 de febrero de 1998 (Ar. 2185).
43. STSJ de Canarias de 3 de febrero de 1999 (Ar. 527).
44. SAP de Teruel de 21 de junio de 2001 (Ar. ARP/2001/371).

En esta sentencia la Audiencia realiza la siguiente fundamentación: "[…] aun cuando ciertamente resulta rechazable el fenómeno de la judicialización de la vida política, y el uso del Derecho Penal como instrumento de confrontación política; en un Estado de Derecho, donde todos los ciudadanos y poderes públicos están sometidos a la Constitución y a las leyes, resulta especialmente grave que quienes en uso de la confianza que les han depositado los ciudadanos, ejercen funciones públicas, y se convierten por ello en garantes del respeto a la ley y a los derechos que las mismas reconocen, sean quienes abiertamente conculquen aquella, justificando de este modo que el Derecho Penal, *ultima ratio* de un Estado de Derecho, despliegue en toda su amplitud su virtualidad; […]".

Ciertamente, en esta sentencia se llega a la conclusión de que el elemento intelectual necesario para la concurrencia del delito, es decir, su carácter volitivo, se derivaba claramente de que quien durante 17 años había desarrollado cargos electivos municipales como alcalde o como concejal, no podía alegar desconocimiento de los derechos que asisten a los electos y de las consecuencias que se derivan de ello.

e. Acceso a expedientes de selección de personal

Que no se puede denegar[45] el acceso de un electo a un expediente de selección de personal, basándose en que la actuación del órgano de selección goza de discrecionalidad técnica para evaluar y no es, por tanto, susceptible de fiscalización, pues este acceso no supone una revisión de la actividad del órgano de selección, sino únicamente conocer cómo se ha llevado a efecto tal calificación, por si acaso ha existido infracción de las bases, lo que sí es susceptible de revisión, así como para el ejercicio de las funciones de fiscalización y control de la acción de gobierno que los miembros de la corporación tienen encomendadas.

f. Irregularidades que no vulneran el derecho

Pero no toda irregularidad en la efectividad del derecho implica una vulneración ni del derecho fundamental ni del derecho ordinario, como señala el Tribunal Supremo[46] respecto de la petición por unos concejales de unas actas del pleno que tardaron en facilitarles, por entender el Tribunal que en este caso no aparecía constatada la vulneración del derecho fundamental, en la medida en que ni se

45. STS de 5 de septiembre de 1997 (Ar. 1735).
46. STS de 25 de junio de 1999 (Ar. 6450).

expresaba por los actores que la ausencia de estos documentos obstaculizara un debate esencial en el pleno, ni se manifestaba el alcance y contenido de dichas actas, ni existía un plazo perentorio para disponer de las mismas, al no esperarse la celebración de ningún pleno en el que los interesados fueran a utilizar el tema como debate. Por todos estos motivos el Tribunal Supremo califica los hechos de defectuoso funcionamiento burocrático de la corporación, que no menoscaba sustancialmente el derecho de los concejales a participar en los asuntos públicos.

5
Conclusiones

En vista de todo esto, debemos concluir diciendo que, en términos generales, los miembros electos de las entidades locales ostentan, respecto del derecho de acceso a la información, los siguientes derechos:

a. En su condición de ciudadanos, el mismo derecho de acceso que la legislación de transparencia otorga a toda la ciudadanía.
b. En su condición de miembros electos y como parte de su derecho fundamental de participación política, el derecho a que:
   - El personal local que tenga a su cargo la custodia de la documentación o de los archivos les facilite directamente, sin necesidad de ninguna autorización específica, el acceso a la documentación e información conceptuada como de acceso directo o aquella cuyo acceso haya sido autorizado de forma expresa, mediante la correspondiente autorización, o en virtud de silencio administrativo.
   - Los órganos locales competentes resuelvan sus solicitudes de acceso a la información sometida a autorización, puntualmente y en los términos analizados, y les faciliten efectiva y puntualmente la materialización de este acceso.

A estos efectos, es importante tener en cuenta que nos encontramos en una materia de soluciones casuísticas, es decir, en las que, como hacen los tribunales, debe atenderse a las circunstancias específicas que concurran en cada caso, pero que, en tanto se encuentra en juego un derecho fundamental, en caso de duda debe acudirse a una interpretación amplia de este derecho, salvo que exista otro derecho fundamental más digno de protección y así se motivara y justificara en la resolución denegatoria.

c. En concepto de derecho ordinario integrante del estatuto jurídico de los miembros electos, también ostentan el derecho de copia de los documentos a los que tengan acceso directo o como consecuencia de una autorización expresa o tácita. En consecuencia, cuando directamente se pida una copia de un documento, deberá analizarse necesariamente si el solicitante tiene derecho a acceder a la información correspondiente, ya que, en caso positivo, este derecho llevará inherente el derecho de copia.

Y es que si como se preveía en la Exposición de Motivos del fallido Anteproyecto de Ley Básica del Gobierno y de la Administración Local, que en el mes de octubre del año 2006 el ministro de Administraciones Públicas presentó en la Comisión de Entidades Locales del Senado, lo fundamental es reconocer la dinámica "**entre mayoría y minoría, de manera que quien gane las elecciones pueda gobernar y quien las pierda pueda controlar al que ha ganado**", resulta absolutamente indispensable facilitar y respetar el ejercicio ágil de este derecho, que no deja de estar relacionado y ser una manifestación, también, del principio de transparencia necesario e inherente a cualquier sistema democrático.

Principio relativamente nuevo en su formulación, que aunque choca frontalmente, entre otras, con dos inercias contrarias, el secreto, como componente ineludible en la formación de la voluntad política, y el hecho de que la burocracia sea de por sí tendente a la opacidad, y de que estamos ante un término polisémico que no tiene un único significado, debe llevarnos a poner a disposición de la ciudadanía y de sus representantes la información suficiente para controlar al Gobierno y a la Administración y facilitar la participación ciudadana.

Y aunque no llegaré a la opinión de Groucho Marx de que "**la corrupción comienza cuando la transparencia termina**", sí considero que debe tratarse de una transparencia real, pues aunque la transparencia suscita, por norma general, reacciones favorables, y por ello en los últimos años existen constantes referencias a la transparencia en múltiples leyes, como si fuera el nuevo paradigma, lo cierto es que en muchas ocasiones la transparencia ha sido meramente aparente, hasta el punto de que ayuntamientos bien posicionados en las listas de Transparencia Internacional están incursos en procesos judiciales por presunta corrupción.

En mi opinión, el primer ejercicio de transparencia empieza por permitir que la oposición pueda llevar a cabo su tarea de control, accediendo sin dificultades a la información local, pues como ya predicaba Immanuel Kant en 1795, en su obra *Sobre la paz perpetua*:

"*Son injustas todas las acciones que se refieran al derecho de otros hombres cuyos principios no soportan ser publicados*".

La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales

José Enrique Candela Talavero

Funcionario de la Administración local con habilitación de carácter nacional.
Licenciado en Derecho.
Grado en Ciencias Políticas.
Colaborador del Observatorio de Contratación Pública

1. **Introducción**
2. **Regulación: causas y efectos**
3. **La potestad de resolución**
4. **Incumplimiento de las obligaciones esenciales**
5. **El interés público en la resolución del contrato**
6. **La obligación esencial en el pliego y el contrato**
7. **Conclusiones**
8. **Bibliografía consultada**

Resumen

En materia de contratos públicos, para la satisfacción de los intereses generales por la Administración, el ordenamiento jurídico le ofrece, entre otras, la potestad de resolución de los contratos públicos, cuya vinculación a la ley adquiere importancia cuando se adopta esta resolución, por el incumplimiento de las obligaciones esenciales cuando estas aparecen en los pliegos o en el contrato. En el presente trabajo se analiza cuándo este incumplimiento motiva la decisión de resolver el contrato,

Artículo recibido el 12/09/2016; aceptado el 23/01/2017.

diferenciando la parte incumplidora: la Administración o el contratista, y prestando atención a la aparición o no de la obligación esencial como tal en los documentos aceptados y firmados, así como los efectos de aquella decisión. Análisis que toma por referencia la doctrina que los órganos consultivos y los tribunales han arrojado sobre la resolución contractual.

Palabras clave: *obligaciones; resolución; indemnización; esencial; pliegos*.

The termination of a public contract due to the breach of other essential contractual duties

Abstract

Public procurement law, aimed at satisfying the general interests, allows, inter alia, the termination of public contracts by the public administration in case of breach of essential obligations set forth in the contract. This article analyzes when this breach –coming from the public administration or the contractor– justifies the termination of the public contract. The article pays attention to the presence of the essential obligation in the documents accepted and signed, as well as to the consequences of the termination. This analysis is based on the doctrine framed by advisory bodies and courts on termination of public contracts.

Keywords: obligations; termination; compensation; essential; public contract.

1
Introducción

La actividad contractual de la Administración está guiada por los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, que "prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación y que son el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos"[1]. Reglas que hoy se enmarcan en la normativa comuni-

1. Moreno Molina, J. A., "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector

taria y nacional; así, respecto a la normativa básica procedente de la Unión Europea[2], señalar las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE, sobre contratación pública, y 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, así como la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, cuyas fechas de transposición fueron el 18 de abril de 2016 para las tres primeras, y el 27 de noviembre de 2018 para la de facturación electrónica; mientras que, en sede nacional[3], señalar el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), y el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos (en adelante, RGLCAP); sin perjuicio de normas internacionales que han ido conformando el actual Derecho Administrativo global en materia de contratación pública[4], y de la jurisprudencia comunitaria, que, aplicando los grandes principios del Tratado de la Comunidad Europea (prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad, libre circulación de mercancías, derecho de establecimiento, libre prestación de servicios) a los contratos públicos, "ha tenido decisivos efectos para el respeto de los principios de publicidad, objetividad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos por las distintas Administraciones Públicas europeas"[5], pues "el concepto de contrato es materia propia del Derecho comunitario y debe recibir un tratamiento uniforme en todos los países miembros"[6]. Pues bien, partamos de la realidad jurídica de que "la singularidad del contrato administrativo se vendría a definir justamente por su extravase de los módulos contractuales privados. Es

público", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 45, 2008, p. 47.

2. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Los sujetos contratantes: alcance del concepto 'poder adjudicador'", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º 12, octubre de 2006, pp. 51-52.

3. Moreno Molina, J. A., "Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2012, pp. 123 a 140.

4. Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Los principios del Derecho global de la contratación pública", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011, pp. 29-54.

5. Moreno Molina, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000, p. 319.

6. Gimeno Feliu, J. M.ª, "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), n.º 22, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2010, p. 50.

lo que se llamará, rehabilitando un término histórico originado en el proceso de formación del Derecho Público, como independiente de Derecho Privado romano, el criterio de las 'cláusulas exorbitantes del derecho común'. El contrato administrativo sería un contrato en el que están presentes cláusulas o contenidos contractuales de esa naturaleza, no explicables desde el Derecho común de obligaciones"[7].

Sabidas estas notas propias del contrato público, los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos se regulan en los arts. 208 y ss. TRLCSP. A saber, dispone el art. 208 TRLCSP: "Los efectos de los contratos administrativos se regirán por las normas a que hace referencia el artículo 19.2 y por los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares". Por lo que se refiere a la vinculación al contenido contractual, el art. 209 TRLCSP reconoce que: "Los contratos deberán cumplirse a tenor de sus cláusulas, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación en favor de las Administraciones Públicas". Por otra parte, aunque conectado a lo referido, en el Libro IV, Título I, Capítulo II del TRLCSP se enumeran las prerrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, estableciendo en el art. 210 que: "Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de esta". Pues bien, entre estas prerrogativas[8], la potestad resolutoria es otorgada a la Administración desde el prisma del fin de los intereses generales que el art. 103 de la Constitución (en adelante CE) le conmina a satisfacer, por lo que se podrá acordar cuando lo reclamen aquellos intereses implícitos en los contratos públicos, razón por la que no se podrá ejecutar dicho privilegio de manera automática. Resolución que tiene su base en el Derecho común de obligaciones y contratos, una vez que declarase el Tribunal Supremo en su STS de 17 de marzo de 1989 que "los contratos administrativos no son sino una figura especial, con modulaciones características impuestas por su vinculación al cumplimiento de los intereses públicos de la institución contractual, siéndoles de aplicación en definitiva, salvando esas peculiaridades y características, las normas y principios de la dogmática del negocio jurídico, entre los que se encuentra la figura de la

7. García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, 14.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 694.

8. Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (*AFDUDC*), n.º 12, 2008, pp. 795-812.

resolución contractual para el caso de su incumplimiento en las obligaciones recíprocas (art. 1.124 del Código Civil y preceptos concordantes) y la institución del resarcimiento de daños y perjuicios a favor del acreedor, que no es sino una manifestación del principio del Derecho de obligaciones de que el deudor debe reparar las consecuencias nocivas producidas por causa de su incumplimiento culpable (art. 1.101 del Código Civil) […]". Contratos públicos que se caracterizan por ser negocios jurídicos con una finalidad orientada a la consecución del interés general, lo que, unido a la vinculación de la Administración al principio de legalidad y al servicio objetivo de aquellos intereses públicos, habilita a ejercitar este privilegio resolutorio con un criterio respetuoso con el procedimiento y los derechos del contratista (SSTS de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989); porque, de ejercitarse de manera unilateral, deberíamos ampliar esta reflexión, pues la interpretación jurisprudencial no es que las partes no puedan pactar la resolución unilateral del contrato, sino que ninguna de ellas pueda resolverlo unilateralmente, si esta posibilidad no está prevista y contemplada en el mismo contrato (SSTS de 9 de mayo de 1996 y de 27 de noviembre de 1997)[9]. No debe olvidarse que de la obligación del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan (STC de 11 de abril de 1985).

Potestad reconocida a la Administración a la que también se refirió el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en sus dictámenes 92/2011, de 13 de abril, 102/2011, de 4 de mayo, 176/2011, de 20 de julio, y 93/2012, de 16 de mayo, al aclarar que esta potestad resolutoria conferida a la Administración se enmarca en las denominadas prerrogativas previstas en el art. 210 del TRLCSP, concebidas por la doctrina como privilegios o facultades exorbitantes y cuya terminología[10] no genera hoy debates, pues la utilización del término "resolución", tanto en nuestra jurisprudencia como en los vigentes textos legales, se encuentra firmemente acuñada.

9. Saz, S. del, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007, p. 341.

10. García-Trevijano Garnica, E., "La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo", *Revista de Administración Pública*, n.º 127, Madrid, enero-abril 1992, p. 87.

2
Regulación: causas y efectos

El procedimiento previsto para tramitarse la resolución contractual se prevé en el art. 211 del TRLCSP, siendo requisitos dar audiencia al contratista, la incorporación de un informe jurídico, y, de manera preceptiva, un Dictamen del Consejo de Estado u órgano equivalente de la Comunidad Autónoma cuando exista oposición del contratista. Regulación que se completa con la prevista en el RGLCAP, en cuyo art. 109 se estipula la exigencia del cumplimiento de estos requisitos: a) audiencia del contratista por plazo de diez días naturales, en el caso de propuesta de oficio; b) audiencia, en el mismo plazo señalado, del avalista o asegurador, si se propone la incautación de la garantía; c) informe del Servicio Jurídico, salvo en los casos previstos en los arts. 41 y 96 de la Ley, y d) dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la comunidad autónoma respectiva, cuando se formule oposición por parte del contratista.

Es disposición general en materia de extinción de los contratos, según el artículo 221 TRLCSP, que: "Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución", y para delimitar las causas de esta resolución dispone el art. 223, entre otras: "f) El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato". Y una vez acreditada la existencia de las causas de resolución, su aplicación –reza el art. 224 TRLCSP– es: "1. La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca. […] 7. El incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en esta Ley". Resultando los siguientes efectos de la resolución (art. 225): "2. El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista. […] 4. En todo caso el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. Solo se acordará la pérdida de la garantía en caso de resolución del contrato por concurso del contratista cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable". Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones como causa de resolución de los contratos públicos se debe a que los incumplimientos de las partes hacen que la relación bilateral termine de modo anormal, si bien otras causas previstas en los arts. 223 y 224 TRLCSP responden a razones de distinto alcance, relativas a la capacidad de obrar o a la oportunidad.

Y en cuanto a los efectos de la resolución del contrato, el art. 225.2 dice que: "El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquella, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista". El apartado quinto del art. 225 añade que: "Cuando la resolución se acuerde por las causas recogidas en la letra g) del artículo 223, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista". Y en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 214 TRLCSP): "2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será esta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación. 3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que este, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción. 4. La reclamación de aquellos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto".

Al respecto señalar que, en cuanto a las reglas de distribución de la responsabilidad entre el contratista y la Administración, es mayoritaria la postura de que "ante el tercero debe responder la Administración en todo caso de forma directa, siempre, claro es, que concurran todos los requisitos exigidos –nexo de causalidad, daño individualizado, evaluable económicamente, etc.–, pues lo relevante es que el daño sea consecuencia de la actividad de titularidad pública. Desde esta perspectiva, las reglas de distribución de la indemnización que las normas establecen únicamente operarían a efectos internos entre la Administración y el contratista, de forma que, salvo que el daño fuese consecuencia de una orden o cláusula de ineludible cumplimiento o vicios del proyecto en su caso, la Administración podría repetir su importe frente al contratista mediante una acción de regreso" (Dictamen del Consejo de Estado n.º 49.698, de 23 de diciembre de 1986, y SSTS de 24 de octubre de 1984, 19 de mayo de 1987, 20 de octubre de 1987, 9 de mayo de 1989 y 12 de febrero de 1997)[11]. Así se pronunció el Tribunal Supremo,

11. Horgué Baena, C., "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, n.º 147, Madrid, septiembre-diciembre 1998, pp. 346-347.

al resolver que, "acreditado en las actuaciones la existencia de incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Administración al retrasar la entrega de los terrenos en cuestión, lo que motivó una dilación de más de diez meses en la iniciación de las obras, dicho incumplimiento generó en favor de la parte recurrente el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios padecidos" (STS de 5 de junio de 1991).

La STS de 17 de noviembre de 2011 (FD 6.º), relativa a la suspensión de facto, reconoció que "el contratista tiene derecho a ser indemnizado como consecuencia de los daños y perjuicios derivados de la suspensión de las obras en aquellos casos en los que, como sucede en el aquí analizado, la Administración contratante no procedió expresamente a declarar esa suspensión, pero sí se produjo una suspensión de las obras. Esta Sala, en reiteradas sentencias (por todas, las de 13 de noviembre de 1978, 4 de junio de 1982, 26 de abril de 1985, 27 de enero de 1989, 18 de mayo de 2009 y 3 de noviembre de 2011) ha declarado que la inexistencia de una declaración formal de suspensión temporal de las obras no desvirtúa el hecho cierto y real de que la verdadera causa de paralización de tales obras no puede imputarse al contratista sino a la Administración, que incurrió así en un claro e inequívoco incumplimiento contractual. […]. En efecto, la Sala ha venido manteniendo (por todas, en las sentencias de 22 de marzo de 1991 y 17 de febrero de 1999) la necesidad de respetar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 92.3 de la Constitución, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima, o fundada esperanza, creada en el destinatario de una actuación administrativa como consecuencia precisamente de un acto externo y concreto de la Administración o de sus agentes, del que puede desprenderse una manifestación de voluntad de la misma, con la consecuencia obligada de inducirle a realizar determinada conducta, manteniéndose así la primacía del referido principio de seguridad jurídica y de la confianza legítima, en la forma entendida por la jurisprudencia del TJUE, citada por la parte actora" (en el mismo sentido, las SSTS de fecha 29 de febrero de 2012 y 27 de mayo de 2013). Además, en favor de la postura del contratista, cabe señalar la prohibición del enriquecimiento injusto de la Administración (SSTS de 11 de octubre de 1979, 15 de abril de 2002 y 19 de marzo de 2008, y las en ellas citadas, o la STSJ Andalucía de 7 de diciembre de 1999).

Podemos aquí recordar también la STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2005 (FD 2.º), en que, al instar la resolución el contratista, fundamentando una reclamación de resolución contractual y reclamación indemnizatoria, se manifestó que: "En principio hemos de decir que es cierto que la jurisprudencia admite, en determinadas ocasiones y no siempre con

carácter general sino en atención a las circunstancias concretas de cada caso, que cuando en una obra se producen retrasos y dichos retrasos traen causa de la actuación de la Administración, sin que al tiempo concurra en ellos culpa alguna del contratista, se le deben indemnizar a este los perjuicios debidamente acreditados que dicho retraso le haya ocasionado" (*vid.* en este sentido las SSTS de 2 de junio de 1999, 20 de marzo de 2002, 24 de junio de 2002, 30 de junio de 2004 y 9 de diciembre de 2004).

Habrá además que considerar las previsiones para cada tipo de contrato, pues, en el supuesto de un contrato de concesión de obra pública y gestión indirecta de servicio público (art. 7 TRLCSP), habría que cumplir el requisito que señala el art. 262 TRLCSP: "Cuando procediera la resolución de la concesión por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, la Administración, antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario por si este ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerara compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión". Cabe destacar aquí la particularidad de no señalar el rescate como causa de resolución en la regulación de las causas genéricas, y sí, no obstante, las previstas para el contrato de concesión de obras públicas (artículo 269) y el contrato de gestión de los servicios públicos (artículo 286), lo que encuentra su precedente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio 1955[12].

3
La potestad de resolución

La resolución ha sido entendida por la doctrina como la medida última a la que acudir, siempre con el único fin de preservar el interés público ínsito en cada relación contractual. Implica la terminación anormal o traumática de la concesión, produciéndose generalmente con anterioridad a la finalización de su vigencia, al existir motivos imputables a cualquiera de las partes que inciden en su buena ejecución y en el funcionamiento final del servicio público gestionado, y que se incardinan en alguna de las causas recogidas de modo tasado en la Ley. Este fue el criterio del Dictamen n.º 279/2015, de 28 de mayo de 2015, del Consejo Consultivo de Extremadura, que, tras referirse a lo estipulado en el artículo 221 TRLCSP ("Los contratos se extinguirán por

12. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 58-59, febrero-marzo 2016, p. 55.

cumplimiento o por resolución"), recordó que, además de la causa natural de finalización contractual, como es el cumplimiento, hay otras que "no obedecen al puro y simple cumplimiento de los derechos y obligaciones de las partes y que, por ello, obligan a la resolución del mismo".

Por tanto, "la Administración podrá resolver un contrato cuando el contratista haya incumplido alguna de las obligaciones que la Ley le impone o alguna de esas otras que en cada contrato o en su pliego cuentan, en atención a sus propias características y a los intereses públicos en presencia, con la condición de esenciales. De hecho, si se analiza la doctrina de los órganos consultivos y la jurisprudencia contencioso-administrativa recaída en aplicación de las leyes de 1965 y 1995 se comprueba que las altas instancias consultivas y judiciales han reconocido, por lo general, la potestad de la Administración para resolver el contrato ante el incumplimiento por el contratista de las obligaciones legalmente impuestas"[13].

Dada la dimensión de nuestro trabajo, procedemos escuetamente a señalar las causas generales de resolución contenidas en los artículos 223 y ss. TRLCSP, y las específicas para cada contrato[14]. Por tanto, cuando el pliego señale como causa de resolución la prevista para el contrato de que se trate habrá que estar a lo previsto para cada tipo de contrato. Así, para el contrato de obras, el art. 237 (dictámenes n.º 745/2012, de 13 de diciembre, y n.º 449/2015, de 22 de octubre, del Consejo Consultivo de Extremadura); para el contrato de gestión de servicio público, el art. 286 (siendo obligaciones esenciales el pago del canon concesional, la apertura de instalaciones y el mantenimiento de las mismas –STSJ La Rioja de 13 de septiembre de 2002 y STSJ Madrid de 15 de diciembre de 2008–; o, asimismo, la no instalación y puesta en funcionamiento de la emisora de radio con sujeción al proyecto técnico y con las debidas autorizaciones administrativas –STSJ Castilla y León de 16 de abril de 2009–; o, en un contrato de concesión del servicio público de enterramientos, servicios funerarios y mantenimiento del recinto funerario municipal, el incumplimiento de sus obligaciones contractuales por parte del contratista al abandonar la prestación del servicio con devolución de las llaves de las instalaciones afectas al mismo –Dictamen 1/2010, de 12 de enero, de la Comisión Jurídica Asesora de Aragón–); para

13. Barrero Rodríguez, C., "La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública*, n.º 176, Madrid, mayo-agosto 2008, p. 94.

14. Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2010, pp. 641 a 645.

el contrato de concesión de obra pública[15], el art. 269, siendo obligación esencial, entre otras, no abandonar el servicio –TSJ Región de Murcia de 2 de octubre de 2015–; en el art. 299 se prevén dos causas específicas de resolución del contrato de suministros, y en el art. 308, tres para el contrato de servicios. Finalmente apuntar, a los efectos del ejercicio de la prerrogativa de la resolución en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, que en el artículo 313 se contempla su régimen jurídico.

Ahora bien, no se prevé en estos listados la concurrencia de culpas por parte del contratista y de la Administración (STSJ Madrid de 14 de abril de 2016). Para ello, debe considerarse la jurisprudencia en la materia que resulta de la STS de 25 de enero de 2005, que afirmó que "es ciertamente difícil que la Ley resuelva directa y acabadamente, toda la amplia gama de posibilidades de la actuación de la Administración y el contratista en las resolución del contrato, por lo que debemos resolver dicha cuestión, en primer lugar con las normas que regulan la resolución de los contratos y después con el resto del ordenamiento (art. 4 Código Civil), así de forma analógica podemos citar los artículos 1103 y 1154 del Código Civil sobre la moderación que deben hacer los tribunales en cuanto a las indemnizaciones a pagar *inter pares* cuando exista concurrencia de culpas". A lo que cabe sumar la postura del Consejo de Estado, para el que en determinados casos de concurrencia de culpas no se reconoce la indemnización de daños y perjuicios, acordándose la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, "pero apreciándose concurrencia de culpas que debe exonerar a aquel de las consecuencias previstas en el artículo 53 de la Ley de Contratos: pérdida de la fianza e indemnización de daños y perjuicios a la Administración" (Dictamen n.º 1641/1992, de 27 de enero de 1993).

4
Incumplimiento de las obligaciones esenciales

Para que el incumplimiento de las obligaciones esenciales dé lugar a la resolución contractual, es criterio jurisprudencial (STS de 9 de octubre de 1987) que "no todo incumplimiento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de un verda-

15. García Gómez de Mercado, F., "Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003.

dero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación […] y en qué casos se trata de meros retrasos, desfases o desajustes en modo alguno reveladores de tal voluntad de no cumplir con lo pactado", limitando su aplicación a aquellos casos en que se han omitido total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido así como los trámites esenciales (STS de 7 de diciembre de 2012). Lo determinante debe ser, pues, que quede afectada la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación (Dictamen n.º 153/2008, de 30 de abril de 2008, del Consejo Consultivo de Extremadura). Esta causa de resolución por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales, debe acompañarse de una "voluntad deliberadamente rebelde a su cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que, de manera definitiva, lo impida, […]", por aplicarse el principio de conservación del contrato (STS de 21 de junio de 1985); y debe ser prueba de una actitud reveladora de "una voluntad clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos", excluyendo aquellos supuestos de "mero retraso, desfase o desajuste en modo alguno expresivo de aquella voluntad" (SSTS de 16 de octubre de 1984, de 9 de octubre de 1987, y de 23 de noviembre de 1988, a la que hace referencia el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en su Dictamen 176/2011, de 20 de julio). En cualquier caso, en materia de plazo, recordar que la STS de 17 de octubre de 2000 reconocía que: "el plazo fijado para el cumplimiento de la prestación contractual constituye el elemento básico de la relación jurídica establecida, de forma que cuando este aparece como un elemento relevante, es una determinación esencial que no accesoria o agregada a la esencia de la prestación".

Partiendo de la realidad jurisprudencial, para la que, junto al incumplimiento de las obligaciones contractuales "esenciales", calificadas como tales "en los pliegos o en el contrato" [art. 223.f) TRLCSP], se exige que, para la resolución del contrato, el incumplimiento sea "grave" y de naturaleza "sustancial" (SSTS de 29 de mayo de 2000 y de 10 de marzo de 1999), no podrá acordarse una resolución de contrato de obras por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales sustanciales, si se acreditara que la obra está realizada casi en su totalidad y queda pendiente de un modificado que es la Administración quien debe tramitar, pues en definitiva el objetivo debe centrarse en comprobar que "la actividad desplegada por el contratista no ha satisfecho los resultados y expectativas que la Administración tenía derecho a esperar" (Audiencia Nacional, Sentencia de 13 de enero de 2016). En base a ello fue resuelto un contrato, por incumplimiento culpable del contratista, al suspender la ejecución de las obras sin autorización expresa

de la Administración (STSJ Asturias de 26 de mayo de 2014), "dado que la Administración, tanto en el momento de proceder a la adjudicación del contrato, como cuando tuvo lugar el levantamiento del acta de replanteo, no podía preveer que la recurrente no lograra los permisos pertinentes para poder iniciar las obras".

La STS de 16 de mayo de 2008 señaló que es jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 14 de mayo de 2001, que a su vez cita las SSTS de 29 de septiembre de 1977, 21 de marzo de 1983, 27 de abril de 1987 y 5 de junio de 1991) que el principio de riesgo y ventura del contratista no solo quiebra en los sucesos de fuerza mayor, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución. Y en palabras de la STS de 24 de diciembre de 1997, el riesgo que asume el contratista no incluye las alteraciones que sean debidas al ejercicio por la Administración de su *ius variandi*, que han de ser debidamente indemnizadas para mantener el equilibrio de las prestaciones originariamente pactadas. Por su parte la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), en su Informe 16/00, de 11 de abril de 2000, estima que en el procedimiento de resolución deben cumplirse los trámites y deben producirse los efectos que señala la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cualesquiera que sean los plazos de duración y efectos recogidos en las normas puramente procedimentales.

Partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en la STS de 21 de diciembre de 2007, "la Administración que acuerda resolver un contrato debe probar la existencia de una situación objetiva de incumplimiento por parte del contratista. Por su parte el contratista deberá acreditar la existencia de una causa exoneradora de su responsabilidad", pues habrá supuestos en los que el incumplimiento por la Administración de sus obligaciones sustanciales impuestas por ley impedirán al contratista, sin su voluntad, cumplir el objeto del contrato[16]. No olvidar, no obstante, el doble rasero[17] para valorar el incumplimiento de cada parte del contrato público, sea contratista o Administración, pues esta puede decidir unilateralmente la resolución, mientras que aquel, en sede administrativa, no puede imponer a la Administración la forzosa resolución unilateral, sino que, instada por él, si aquella no acepta esta solicitud de resolución anticipada, deberá acudir a la vía judicial.

16. AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley. (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000, p. 482.

17. Blanquer Criado, D., *Derecho Administrativo. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 807.

En los casos en que concurren varias causas de resolución, como el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales y la demora en ejecutar el plazo contractual, saber que es doctrina del Consejo de Estado (dictámenes 47.892/1985, de 4 de julio; 712/1994, de 23 de junio; 1475/2002, de 18 de julio de 2002, y 681/2009, de 21 de mayo) y del Consejo Consultivo de Andalucía (Dictamen 186/2016, de 16 de marzo) que se aplique preferentemente aquella causa que se hubiere producido antes desde un punto de vista cronológico[18].

Proponiendo la Administración municipal la resolución, por el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales[19], calificadas como tales en los pliegos o en el contrato, de cierto contrato de gestión del cementerio y servicio funerario, el Consejo Consultivo de Andalucía (Resolución 623/2014, de 24 de septiembre) reconoció dicha resolución, puesto que en los pliegos se reconocía expresamente que era obligación esencial del adjudicatario aportar determinados terrenos, y resultó acreditado su incumplimiento, y de sus alegaciones (retraso para el otorgamiento de la licencia) no se desprende que fuera atribuible a la Administración, que le impidiera cumplir su obligación de aportar los terrenos.

En clave urbanística, en un contrato de gestión de servicio público, quedó afirmada la adecuación a derecho de la resolución contractual, al probarse la falta por el agente urbanizador de ejecutar la actuación urbanizadora por cuenta de la Administración y conforme al convenio estipulado (STSJ Extremadura de 26 de enero de 2016). También se dictaminó de manera favorable la resolución de un convenio urbanístico por incumplimiento de las obligaciones esenciales, en el Dictamen n.º 136/2010, de 10 de marzo, del Consejo Consultivo de Andalucía, como era en este supuesto el pago de una cantidad determinada como compensación a la cesión obligatoria del 10% del aprovechamiento urbanístico, pues este pago no se realizó. Interpretación que se basa en la aplicación a las adjudicaciones de actuaciones urbanísticas de lo dispuesto en la normativa contractual, por tratarse de normas que constituyen legislación básica sobre contratos administrativos según el artículo 149.1.18.ª CE (SSTS de 28 de octubre de 2006, 27 de marzo de 2007, 6 de junio de 2007, 27 de diciembre de 2007, y 5 y 20 de febrero de 2008).

Resolución contractual que será imposible en el supuesto de haber anulado esa contratación por sentencia firme, por cuanto nos encontraremos ante

18. Gutiérrez Colomina, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009, p. 303.
19. Alonso Higuera, C., *Manual del Secretario. Tomo II*, Atelier, Barcelona, 2002, p. 1218.

un contrato anulado, inexistente (Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen n.º 76/2013, de 30 de enero). Este mismo Consejo Consultivo de Andalucía, en su Dictamen n.º 476/2009, de 8 de julio, consideró que procedía la resolución contractual por incumplimiento contractual por parte del contratista, por demora en el cumplimiento de los plazos y por el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, por cuanto si partimos de la realidad contractual, según la cual el Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas (dictámenes 53/1995 y 18/2000 del Consejo Consultivo de Andalucía) definía los derechos y obligaciones que asumían las partes en el contrato, constituyendo por ello la ley del mismo y vinculando por igual a la Administración y al contratista, e instados por la Administración diversos incumplimientos previstos en estos pliegos, como la obligación de la contratista de suscribir una póliza de seguros multirriesgo y cuyo incumplimiento era causa de resolución, resultó avalada la resolución una vez acreditado el incumplimiento de dichas obligaciones esenciales. Fue así adecuada a derecho la resolución del contrato de la gestión de una piscina municipal, por cuando estaban previstas en el pliego y ofertadas por el adjudicatario mejoras en el contrato firmado, una vez acreditado el incumplimiento culpable de las mejoras e inversiones que se comprometía a ejecutar durante la concesión (STSJ Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2011), y no dando lugar a esta resolución cuando se cumple por el contratista lo exigido por el pliego de prescripciones técnicas (Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de noviembre de 2011).

A resultas de lo dicho, en caso contrario, esto es, no constando en el pliego o en el contrato este carácter esencial de las obligaciones[20] que son incumplidas, se impide la resolución automática (Informe n.º 20/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; Dictamen n.º 73/2015, de 4 de marzo, del Consejo Consultivo de Castilla y León; Dictamen n.º 139/2010, de 26 de mayo, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y Dictamen n.º 439/2010, de 13 de mayo, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Es doctrina tanto del Consejo Consultivo de La Rioja (Dictamen n.º 61/2009, de 7 de agosto) y del de la Comunidad de Madrid (Dictamen n.º 631/2011, de 16 de noviembre) como del Tribunal Supremo (STS de 29 de mayo de 2000) considera ajustada a Derecho la resolución del contrato administrativo de obras por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, manifestando previamente la necesidad de estar ante

20. Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003, pp. 1641 a 1646.

un incumplimiento importante, grave y de naturaleza sustancial, y no cualquier inobservancia de las condiciones del Pliego. Así lo refirió el Consejo de Estado en su Dictamen n.º 42.000, de 22 de febrero de 1979, al afirmar que "es justamente el principio de buena fe el que debe servir de guía capital para determinar la causa de resolución aplicable y las consecuencias económicas de la misma, partiendo de la realidad de las actuaciones y omisiones producidas". Obligaciones incumplidas por el contratista para acordarse la resolución que deben ser esenciales aplicando una interpretación restrictiva, por afectar a las obligaciones fundamentales (SSTS de 20 de septiembre de 1983 y de 20 de abril de 1999, y dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 90/2004 y 73/2015, de 4 de marzo). Es por ello que, de no cumplirse de manera total el objeto del contrato, encontrándonos ante una irregularidad en el cumplimiento, aplicando el principio de la moderación equitativa de la pena (art. 1.154 Código Civil –STS de 10 de marzo de 2014–), el Consejo de Estado reconoció, respecto a la incautación de la fianza, que no se practicara sobre la totalidad de su importe, sino solo incautándose un porcentaje de la fianza igual al que representara la valoración de los daños y perjuicios, del importe total del contrato (dictámenes 46.546, de 20 de junio de 1984, y 46.105, de 5 de marzo de 1984, a los que se remite la STSJ Castilla y León de 16 de abril de 2015).

El ejercicio de la potestad resolutoria de los contratos, en los casos en los que la Ley la faculta para ello, no es obligatorio para la Administración, siempre que no le sea a ella imputable el incumplimiento. Así lo declara, entre otras, la STSJ Castilla-La Mancha 150/2007, de 8 de octubre de 2007, que admite una cesión contractual en lugar de una resolución, siempre que se acredite el interés público de la medida, afirmando que, "no estando resuelto el contrato por resolución administrativa, no se ve por qué no se podía optar por su cesión o modificación si concurrían los requisitos legales. Dicha posibilidad legal deriva de la dicción normativa comprendida en el art. 112 del TRLCAP, pues la resolución es potestativa y no cabe atribuir a la Administración local la imputabilidad de la circunstancia que ha motivado la cesión contractual, o permuta, *versus* la resolución contractual; y más cuando el interés público demanda y define dicha opción extensiva desde la vertiente jurídica-privada, al albur de la provisión legal contenida en los artículos 1.124 y 1.504 Código Civil. Y es obvio que la cesión contractual no solo se adapta a la teleología institucional del contrato originario, sino que permite prolongar dicha finalidad, evitando los perjuicios que a los cooperativistas se les podría originar con la resolución (pérdida de viviendas; las cantidades aportadas y pagadas, y más tratándose en principio de personas de limitados ingresos…) y el perjuicio para la Administración local, que

tendría que subrogarse en las hipotecas constituidas para financiar las construcciones; sin que de la resolución se aprecie el logro de un interés público superior cohonestable con todos los intereses en juego".

En este sentido, recuérdese el Dictamen del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana n.º 0803/2008, de 3 de diciembre de 2008, en el que se manifestó: "El interés público será el eje sobre el que deberá fundarse la decisión de resolución o no de un contrato administrativo en aquellos supuestos de resolución potestativa para la Administración, previstos en los artículos 111 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas"; interpretación que también es válida para la LCSP, como así lo manifestó ese mismo órgano en el Dictamen n.º 1174/2010, de 16 de diciembre de 2010, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, indicando que la potestad de resolución es una "prerrogativa de la Administración que tiene su fundamento, en materia de contratos –al igual que, en general, en todo el ámbito del Derecho Administrativo–, en la consecución del interés público que subyace en toda actuación de las Administraciones Públicas. El interés público será el eje sobre el que deberá fundarse la decisión de resolución o no de un contrato administrativo, en aquellos supuestos de resolución potestativa para la Administración, previstos en los artículos 206 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público". Atención, pues, al interés público en la ejecución contractual, para que esta contratación pública sea regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada[21].

Por su parte, para la STS de 13 de julio de 2015 (FD 6.º), una cosa es que la estimación especulativa de las ganancias que el contratista piensa percibir no tenga que ser asegurada por la otra parte contratante, en este caso la Administración, debiendo soportar las circunstancias sobrevenidas ajenas a las partes, y otra bien distinta, que se genere derecho a una indemnización como consecuencia del deficiente cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes. En ese sentido, véase la STS de 17 de noviembre de 2011, que sostuvo en su FD 6.º que: "cuando la propia Administración se ha visto en la necesidad de conceder prórrogas sucesivas del plazo de finalización de las obras por no haber puesto a disposición del contratista, y a su debido tiempo, los medios necesarios y precisos para que pudieran iniciarse dichas obras y ello unido a la necesidad técnica de modificar un proyecto que, posteriormente, devino deficiente para que pudiera ser adap-

21. Gimeno Feliu, J. M.ª, "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008, p. 15.

tado a la realidad existente, las circunstancias concurrentes determinan la presencia de una excepción al principio de riesgo y ventura del contratista y la ulterior responsabilidad de la Administración por incumplimiento del contrato (SSTS de 29 de enero de 1982, 26 de enero de 1990, 20 de septiembre de 1994 y 28 de abril de 1999)".

De la misma forma, la STS de 28 de junio de 2012 (FD 6.º) sostuvo que: "la sentencia no acierta, con la referencia al artículo 144, pues parece dar a entender que la Administración solo respondería en el caso de fuerza mayor, recayendo, 'a sensu contrario', la responsabilidad de los daños en el contratista. […] el principio de riesgo y ventura es compatible con la posibilidad de exigir la indemnización de daños y perjuicios que se deriven del retraso en la ejecución del contrato imputable a la Administración, […]. En definitiva, como sostiene la recurrente, cuando es la propia Administración la que incumple las obligaciones derivadas del contrato, no estamos ante el riesgo y ventura imputable al contratista por circunstancias ajenas a las partes, sino ante un incumplimiento contractual por parte de la Administración", y como "el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el derecho civil, ha de indicarse que la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes […], vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante" (STS de 24 de noviembre de 1980).

Habrá pues que analizar las circunstancias concurrentes (SSTS de 16 de octubre de 1984, de 9 de octubre de 1987 y de 23 de noviembre de 1988) para quedar acreditado que no toda irregularidad provoca la resolución por incumplimiento de las obligaciones, sino aquellas que provocan que el servicio deje de prestarse o se preste en condiciones tales que se lesione el interés público que se pretende satisfacer, dañando la prestación principal (SSTS de 14 de junio de 2002, de 14 de diciembre de 2001 y de 1 de octubre de 1999, y dictámenes 229/2007, de 5 de diciembre, 120/2008, de 11 de junio, y 24/2015, de 28 de enero, del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha). La pasividad del contratista en la prestación del objeto contractual deberá ser dolosa, culposa o negligente (SSTS de 21 de junio de 1985, 25 de septiembre de 1987 y 14 de diciembre de 2001, y STSJ Madrid de 13 de junio de 2012).

Así, según el Consejo Consultivo de Canarias en su Dictamen n.º 165/2010, de 24 de marzo, se consideró conforme a derecho la resolución

de cierto contrato de servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza, por incumplimiento por el contratista de las condiciones señaladas en el pliego como básicas del contrato y acreditadas con informes técnicos del responsable del servicio, cuando se demostró que el adjudicatario incumplió de manera reiterada sus obligaciones laborales y en materia de Seguridad Social previstas en el pliego, la no aportación de los medios materiales necesarios para la debida prestación del servicio, y el no cumplimiento de las mejoras ofertadas por la empresa contratista. En parecidos términos resolvió la STS de 28 de enero de 2015, en un contrato de servicio de limpieza en el que el adjudicatario no destinó al servicio contratado el número de trabajadores pactado que reflejaban el pliego y el contrato.

5
El interés público en la resolución del contrato

Los incumplimientos de las obligaciones esenciales contractuales generan, de manera inmediata, un daño al interés público que todo contrato público debe proteger (art. 1 TRLCSP) y que se reconoce por constante jurisprudencia (SSTS de 4 de mayo de 1968 y de 28 de febrero de 1989), al caracterizar a los contratos administrativos como negocios jurídicos vinculados a la obtención del interés general que se busca con su celebración, siendo la razón de la resolución contractual el quedar afectada la eficiente prestación del servicio. Así, se resolvió un contrato de obra, estando reflejado en el pliego que era obligación esencial del contratista ejecutar obras de infraestructura hidráulica y viaria, como finalidad perseguida por la Administración, acreditada mediante informe del director de las obras, por la actitud renuente al cumplimiento por parte del adjudicatario, así como por la falta de avance de las obras, "sin movimiento alguno de maquinaria". A lo que se sumó que hubiera transcurrido el plazo de ejecución sin que estuviera terminada la obra, lo que se calificó de incumplimiento objetivo, situación que habilitó al Dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura n.º 198/2010, de 22 de abril, para considerar la resolución del contrato por incumplimiento de las restantes obligaciones esenciales en aras de la preservación de aquel interés público.

La satisfacción del interés general supone impedir a la Administración, una vez constatada una causa de resolución del contrato por dolo o culpa del adjudicatario, acudir a la vía del mutuo disenso como forma de extinguir el contrato (Consejo de Estado, dictámenes 46.236, de 26 de abril de 1984, 50.571, de 21 de mayo de 1987, y 55.279, de 27 de septiembre de 1990, y Consejo Consultivo de Castilla y León, Dictamen 439/2010, de 13 de mayo).

Ahora bien, también valorando el interés público en juego, para el supuesto de aplicar como causa de resolución este incumplimiento en un contrato de gestión de servicios públicos, resolvió la STS de 25 de septiembre de 1987 que "no es necesario que el incumplimiento origine grave perturbación del servicio, sino que es suficiente con que se produzca un incumplimiento sustancial del contrato en términos análogos a los establecidos en la contratación civil". También en esta línea, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha (dictámenes 65/2002, de 30 de abril, y 24/2011, de 9 de febrero) calificó la resolución contractual como "medida límite o última ratio" a ejercitarse cuando lo aconseje el interés público y no de manera automática.

Por ello no fue admitida la resolución contractual, al no tratarse de obligación esencial (STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 2005), de un contrato de concesión de la explotación, mantenimiento y conservación de instalaciones municipales (explotación del bar existente en unas instalaciones deportivas), pues en el pliego se dispuso como obligaciones "efectuar la limpieza, conservación y mantenimiento de las instalaciones", pero no realizar determinadas reparaciones en estas instalaciones por el contratista, pretendidas por el Ayuntamiento para acordarse la resolución del contrato.

En un contrato de concesión del servicio público de transporte público, procedió su resolución por incumplirse la obligación contractual esencial de la realización de las rutas acordadas, al prever el artículo 82.b) de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, antes de la modificación operada por la Ley 9/2013, que era causa de resolución el "incumplimiento de las condiciones esenciales de la concesión en los términos previstos en el punto 5 del artículo 143" (Consejo Consultivo de Andalucía, Dictamen 254/2015, de 15 de abril). Y, como último ejemplo, el incumplimiento de una obligación esencial dio lugar al dictamen del Consejo Consultivo de Extremadura favorable a la resolución de un contrato de suministro, al acreditarse que se habían suministrado a las distintas áreas de salud pañales de calidad inferior a la contratada, en especial en lo relativo a superficie de absorción, densidad de material absorbente y medidas de los salvacamas (Dictamen 123/2013, de 21 de marzo).

Por otra parte, recordar que, instada por el contratista la resolución por incumplimiento culpable de la Administración, deberá esperar a que esta se pronuncie al respecto, por ser competencia y prerrogativa administrativa acordar la resolución. A resultas de ello, el adjudicatario, que no está facultado para paralizar la ejecución del contrato en cuestión, si la Administración considerase que no concurre la causa de resolución alegada, tendrá que continuar dicha ejecución (Consejo Consultivo de Andalucía en su Dictamen

n.º 45/2004). En este sentido, recordar que la solución que se brinda al contratista, ante incumplimientos de la Administración en el caso de impago de certificaciones de obras, está delimitada en el art. 99.4 TRLCSP, pero no puede paralizar la ejecución de la obra sin más (STSJ Canarias de 16 de noviembre de 2015).

Visto que, en cuanto a los contratos de servicios (art. 305), estos se ejecutarán con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el órgano de contratación, en el ejemplo de un contrato de publicidad suscrito, en que se acreditó que la adjudicación y el contrato se vincularon de manera inmediata y directa a la propuesta presentada por el adjudicatario (una cadena de televisión), previa a la formalización del contrato, una vez comprobado por el adjudicatario que no podía cumplir el contrato según lo estipulado en la documentación preparatoria del contrato base de su firma, el hecho de presentar unas alternativas no era modificación contractual sino causa de resolución del contrato por incumplimiento grave, por perturbar la esencia y el objeto contractual (Dictamen n.º 413/2013, de 13 de junio, del Consejo Consultivo de Castilla y León). Gravedad de incumplimiento que no se produjo en otro caso, el de un contrato de servicios de lavadero y plancha de un centro residencial, al considerarse que se trataba de un "simple retraso", por no haberse concretado el horario exacto de entrega de material, y por tanto no motivarse de manera suficiente la resolución (Dictamen n.º 527/2013, de 25 de julio, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

Esencial obligación contractual en un contrato de gestión de servicio público será el pago del canon (dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha 93/2012, de 16 de mayo, y 418/2014, de 26 de noviembre). Ahora bien, si la resolución contractual de manera literal reconoce la ley que se refiera a incumplimientos de las restantes obligaciones contractuales que consten en el pliego o el contrato, y por tanto le eran conocidas (Audiencia Nacional, Sentencia de 3 de diciembre de 2015), resultara acreditado el impago del canon de un contrato de gestión de servicio público y el contratista percibiese las tarifas de los usuarios, una interpretación literal podría contravenir la defensa del interés público en este caso (Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, Dictamen n.º 24/2015, de 28 de enero).

Además, no será viable aquella resolución por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales si, desarrollándose y ejecutándose el contrato en Andalucía, no obstante quedar calificadas así en el pliego, resultara que el adjudicatario de cierto contrato de servicios de tratamiento y prevención de plagas en edificios, zonas verdes y viarios muni-

cipales, carecía de la preceptiva autorización sanitaria e inscripción registral en los términos exigidos por el Decreto 60/2012, de 13 de marzo, por el que se regulan los establecimientos y servicios biocidas de Andalucía y la estructura y funcionamiento del Registro Oficial de Establecimientos y Servicios Biocidas de Andalucía, pues aunque el contrato preveía que el adjudicatario del contrato se obliga a notificar a la Consejería competente en materia de salud el inicio de su actividad de acuerdo con este Decreto 60/2012, se trata de un trámite previo al inicio del desarrollo de la actividad, y no, pues, efecto de la ejecución de la prestación objeto del contrato, por lo que, visto el contenido del art. 54 TRLCSP[22], estaremos ante un caso de nulidad contractual vía procedimiento de revisión de oficio, a tramitar con anterioridad a aquella resolución (Dictamen n.º 83/2016, de 9 de febrero, del Consejo Consultivo de Andalucía). La prohibición es materia reservada a la ley (STS de 18 de septiembre de 1996), y la adjudicación de un contrato a un adjudicatario afectado por la circunstancia de prohibición para contratar, será nula de pleno derecho. Al respecto, recordar la diferencia que la Audiencia Nacional señaló entre la nulidad y la resolución del contrato, pues "la nulidad del contrato significa una situación patológica del acto administrativo, caracterizada porque faltan o están viciados algunos de sus elementos, y al estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno, lo que se traduce en la inexistencia de las obligaciones contractuales propias de la modalidad contractual de que se trate, mientras que la resolución del contrato supone el ejercicio de una potestad o prerrogativa que el legislador otorga a la Administración para dejar sin efecto unas obligaciones perfectamente válidas […]" (Sentencia de 8 de abril de 2014).

No procediendo, no obstante, indemnización, tras acreditar que los daños al contratista se debían exclusivamente a la Administración (Mancomunidad y ayuntamientos que impiden la prestación del objeto del contrato), si su actuación se enmarcó en una "acción o conducta basada en una confianza legítima y en un proceder lógico y razonable, y no abusivo o fraudulento, que conduce a actuar de determinada manera en la creencia racional y fundada de estar obrando correctamente" [STSJ Canarias (Las Palmas) de 22 de julio de 2014, FD 9.º], respetándose así el criterio jurisprudencial (SSTS de 22 de marzo de 1991 y de 17 de febrero de 1999) relativo a la necesidad de acatar el principio constitucional de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 CE, amparado por la buena fe del administrado y la confianza legítima.

22. Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005, pp. 1633 a 1636.

6
La obligación esencial en el pliego y el contrato

Al conocimiento que tiene el adjudicatario del contenido obligacional le dispone aceptar el pliego de cláusulas, y le impide argumentarlo en casos de incumplimiento de sus obligaciones. A lo que se suma que, al concursar, asume el contenido de estos pliegos íntegramente manifestado al firmarse el contrato, siendo –dijo la STSJ Comunidad Valenciana de 8 de julio de 2015– "un acto firme y consentido cuyas hipotéticas lagunas han quedado subsanadas por el concurso de voluntades manifestado en la firma del contrato de concesión". Así, en un contrato de explotación de *camping* y piscinas, cuyo pliego reflejó que eran de cuenta del adjudicatario las obras de reparación y conservación de las deficiencias surgidas en las instalaciones y servicios durante su explotación y actividad, correspondía al contratista su ejecución "sin necesidad de acudir al principio de riesgo y ventura" (STSJ Castilla y León de 18 de julio de 2014).

Si al redactarse el pliego o el contrato no se tuvo la diligencia debida y suficiente para prever y adecuar su contenido a la realidad contractual, no contemplando cuáles eran las obligaciones esenciales y su incumplimiento como causa de resolución, estos errores u omisiones no deben dar lugar a limitar las posibilidades que el ordenamiento jurídico confiere a la Administración para acordar la resolución, si hay presupuestos de fondo bastantes. Así que dijera el Tribunal Constitucional, en su Auto de 8 de noviembre de 2005, que "la interpretación literal, según hemos advertido en alguna ocasión, es un mero punto de partida (STC n.º 225/2002, de 9 de diciembre, FD 4.º), imprescindible, sí, pero necesitado de la colaboración de otros criterios hermenéuticos que vengan a corroborar o corregir los resultados de un puro entendimiento literal de las normas según el sentido propio de sus palabras (STC 76/1996, de 30 de abril)". Para la STS de 21 de noviembre de 1994, "las normas jurídicas no deben ser interpretadas de manera que conduzcan a soluciones que no se adaptan al contenido y filosofía que inspira el Cuerpo Legal en el que están insertas o las mismas lleguen a ser absurdas o inoperantes", pues, como dijo posteriormente la STS de 9 de junio de 2006, "la interpretación de la Ley es la averiguación y comprensión del sentido y alcance de la norma y los elementos son los medios que se utilizan para la misma".

En este sentido, recordar la doctrina del Consejo Consultivo de Madrid (Dictamen n.º 408/2011) y del Consejo Consultivo de Castilla y León (dictámenes n.º 1.222/2009, de 26 de noviembre; n.º 32/2010, de 18 de febrero; n.º 528/2013, de 18 de julio; n.º 742/2013, de 18 de octubre; n.º 115/2014,

de 11 de abril, y n.º 455/2015, de 9 de diciembre), pues, no constando expresamente el calificativo de "esencial", no impide *per se* a la Administración, de manera motivada, proceder a la resolución del contrato por este motivo, pues podrá ser esencial una obligación a pesar de no declararlo así el contrato o los pliegos, pero sí deducirse de la naturaleza básica de dicha obligación (Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón-Informe n.º 20/2011, de 12 de septiembre). En el mismo sentido, el Tribunal Supremo manifestó en sus SSTS de 6 de abril de 1987 y de 14 de noviembre de 2000 que, en su determinación, "deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados". Si el contratista cumpliera con sus obligaciones, apuntar igualmente, como base de la pretensión, la STSJ Región de Murcia de 7 de mayo de 2010, al remitirse a la jurisprudencia (SSTS de 3 de octubre de 1979, 27 de septiembre de 1985 y 25 de noviembre de 1985), que mantiene la aplicabilidad de los principios contenidos en el Código Civil, de suerte que también aquí la facultad de resolver se entiende implícita en favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones (art. 1124 CC). Más expresiva fue la STS de 8 de marzo de 1986 (FD 7.º), al consagrar que la potestad de resolución de los contratos por una parte, cuando la otra incumpla con sus obligaciones, está claramente "definida como Principio de Derecho de vigencia universal y declarada en nuestro Derecho, artículo 1124 del Código Civil de forma general y aplicable como derecho subsidiario a todas las demás ramas del Derecho".

En materia de prueba, corresponde, pues –dice la STSJ Galicia de 30 de mayo de 2013–, la prueba de la existencia de las obligaciones al que reclame su cumplimiento, y la de su extinción al que se oponga. Por tanto, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato por parte de la Administración originará la resolución de aquel solo en los casos previstos en la ley, lo que, según la STSJ Madrid de 26 de septiembre de 2013 (FD 3.º), es manifestación asimismo del carácter restrictivo que preside la facultad resolutoria del administrado frente a la Administración, dada la finalidad de servicio a la comunidad y de interés general que tienen los contratos administrativos, a diferencia de los contratos civiles. En tal sentido, la STS de 22 de febrero de 2006, con cita de las SSTS de 23 de noviembre de 1988, 16 de octubre de 1984 y 9 de octubre de 1987, recordó que "no todo incumpli-

miento puede generar la resolución contractual, sino que ello debe contemplarse en cada caso, atendidas las circunstancias de toda índole que concurran para dilucidar en qué supuestos se trata de verdadero y efectivo incumplimiento de las obligaciones contractuales, revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista".

7
Conclusiones

En definitiva, si el contrato administrativo en general se caracteriza por ser un negocio jurídico con una finalidad orientada a la consecución del interés general (STS de 28 de febrero de 1989), para su resolución, la jurisprudencia mantiene que la facultad de resolver se entiende implícita en favor de la parte que cumple y en contra de la que incumple sus obligaciones. Ahora bien, para que la acción de resolución proceda es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido con las obligaciones que le incumben (SSTS de 27 de septiembre y 25 de noviembre de 1985).

En concreto, analizando si concurre la causa de incumplimiento por parte de la Administración de alguna obligación esencial del contrato, la Administración contratante puede y debe adoptar las medidas necesarias para eliminar los obstáculos que impiden al contratista ejecutar alguna de las prestaciones pactadas. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 63/2011, de 17 de julio de 2012, al tratar sobre el incumplimiento de las obligaciones esenciales y del resto de obligaciones contractuales como causa de resolución de los contratos, características, requisitos y diferencias, resolvió: "De conformidad con lo dispuesto dentro de los artículos 223, f) y 224 del TRLCSP, para que una obligación prevista en el contrato tenga el carácter de esencial, son necesarios dos requisitos, el primero, que así se haya establecido de forma expresa y el segundo, que se haya hecho constar de esa forma en el pliego o en el contrato. Cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares no califique una obligación contractual como esencial, su incumplimiento no podrá constituir causa que justifique la resolución potestativa por parte de la Administración Pública al amparo de lo dispuesto en los artículos 223 letra f) y 224 del TRLCSP, por exigir estos preceptos, en combinación con el artículo 67.2.p) del Reglamento General de la LCAAPP, la calificación expresa en el pliego o en el contrato como esenciales de aquellas obligaciones contractuales cuyo incumplimiento

quiera calificarse como causa de resolución. La tipología de cláusula contractual que cualifica el incumplimiento de cualquier obligación como causa de resolución potestativa por parte de la Administración Pública no es admisible, debiendo el órgano de contratación hacer un uso moderado de la disposición legal recogida en el artículo 223 letra h) del TRLCSP, de manera que en el pliego y en el contrato deberá hacerse una enumeración precisa, clara e inequívoca de las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento lleve aparejada la sanción de la resolución potestativa y, además, deberá asegurarse de que las obligaciones que se enuncian sin ser esenciales son suficientemente relevantes, de acuerdo con la realidad del contrato, como para justificar la posible resolución del contrato, esto es, no son obligaciones sin trascendencia o nimias". El problema para acordarse la resolución se hace depender sin más del incumplimiento, manifestó la STS de 1 de octubre de 1999. Así, el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificarse la decisión resolutoria, debiendo afectar a la prestación principal del contrato y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. Obligación que debe ser esencial para acordarse la resolución; caso contrario, por aplicación del principio favorable al mantenimiento de la existencia del contrato, no será suficiente el incumplimiento de cualquier tipo de obligación[23].

El acuerdo de resolución por incumplimiento, pues, será viable si se trata de un verdadero y efectivo incumplimiento de obligaciones contractuales, "revelador de una voluntad deliberada y clara de no atender, dolosa o culposamente, los compromisos contraídos, haciendo imposible la realización de la prestación por parte del contratista" (STS de 22 de febrero de 2006). A lo que debe aplicarse, según STSJ de Madrid de 13 de junio de 2012, una interpretación restrictiva. Entre sus consideraciones, remarcó que la referencia del artículo 111 g) TRLCAP a las restantes obligaciones contractuales esenciales nos lleva a un "concepto jurídico indeterminado" que, para su apreciación, exige en cada caso concreto examinar si existe real incumplimiento y no únicamente demora, y si lo incumplido es una obligación esencial. Recordando, para delimitar la responsabilidad administrativa por incumplimientos a ella imputables, lo dicho en la STS de 15 de julio de 1988, siendo determinante acreditarse su voluntad de no ejecución de la obra, "dato que pondría en evidencia la relevancia 'carácter esencial' de su incumplimiento y, por ello, la posibilidad de que fuese acordada la resolución por

23. Tolosa Tribiño, C., *Contratación Administrativa*, DAPP, Pamplona, 2008, p. 302.

incumplimiento imputable a ella" (STSJ Castilla y León de 27 de mayo de 2005). Si bien, lo que deberá evitarse es fundamentar la resolución de un contrato en varias causas, especialmente cuando generen efectos distintos, situación que podría "provocar incongruencia en la motivación del acto administrativo por el que se acuerde la resolución del contrato"[24].

Recordar que, respecto a las órdenes de la Administración, es criterio jurisprudencial (SSTS de 31 de julio de 1989 y de 4 marzo de 1997) que la misma será directamente responsable cuando los daños o perjuicios sean achacables a su propia actividad técnica, aunque de la misma sea ejecutor material un tercero, si este se atiene a las instrucciones u órdenes de aquella. También el Consejo de Estado manifestó que "no empece la pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad de la Administración el hecho de que el servicio o actividad se haya prestado a través de contratista interpuesto, ya que el titular de la obra y comitente es siempre la Administración Pública, que en ningún momento deja de ejercer sobre ella sus potestades de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros" (dictámenes de 18 de junio de 1970 y de 12 de marzo de 1992). Y ello sin perjuicio de saberse que siempre será precisa la acreditación de los extremos a indemnizar, pues nos recuerdan las SSTS de 11 de junio de 2002, 3 de febrero de 1989 y 15 de octubre de 1986 que es necesaria "la certeza del daño emergente y lucro cesante, al exigirse una prueba rigurosa de las garantías dejadas de obtener, observándose que la indemnización […] ha de apreciarse de modo prudente y restrictivo, puesto que no es admisible una mera posibilidad de dejar de obtener unos beneficios".

Finalmente, la Administración debe solucionar las vicisitudes surgidas durante la ejecución de un contrato a ella imputables, adoptando las medidas necesarias para facilitar la prestación del objeto del contrato. No obstante, también existe su derecho a exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, así como el derecho del contratista a exigir de la Administración contratante la indemnización que, en su caso, venga establecida en el pliego para el caso de incumplimiento por parte de la Administración de alguna de sus obligaciones, en una actuación que no puede perder de vista los principios generales de la contratación[25] consagrados en la normativa europea y nacional, y nacidos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

24. García-Trevijano Garnica, E., "La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público", *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, julio-diciembre 2010, p. 158.

25. Moreno Molina, J. A., "'Un mundo para Sara'. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, Madrid, enero-abril 2009, p. 210.

8
Bibliografía consultada

AA. VV., *Contratos de las Administraciones Públicas. Comentarios al Texto Refundido de la Ley. (Aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio)*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2000.

Alonso Higuera, C., *Manual del Secretario. Tomo II*, Atelier, Barcelona, 2002.

Barrero Rodríguez, C., "La resolución del contrato por incumplimiento del contratista en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público", *Revista de Administración Pública*, n.º 176, Madrid, mayo-agosto 2008.

Blanquer Criado, D., *Derecho Administrativo. I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

Domingo Zaballos, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley Básica de Régimen Local*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2005.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo. I*, 14.ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

García Gómez de Mercado, F., "Contratos y concesiones de obras: La Ley 13/2003 reguladora del contrato de concesión de obras públicas", *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, n.º 16, 2003.

García-Trevijano Garnica, E., "La extinción de los contratos administrativos por mutuo acuerdo", *Revista de Administración Pública*, n.º 127, Madrid, enero-abril 1992.

García-Trevijano Garnica, E., "La resolución de los contratos en la Ley 30/2007, de contratos del sector público", *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 14, julio-diciembre 2010.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contratos del Sector Público", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n.º Extra 10, 2008.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), n.º 22, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2010.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Los sujetos contratantes: alcance del concepto 'poder adjudicador'", *Cuadernos de Derecho Local* (*QDL*), Fundación Democracia y Gobierno Local, n.º 12, octubre de 2006.

Gimeno Feliu, J. M.ª, "Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 58-59, febrero-marzo 2016.

Gutiérrez Colomina, V. (dir.), *Manual práctico de la Ley de Contratos del Sector Público. Ley 30/2007, de 30 de octubre*, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2009.

Horgué Baena, C., "La responsabilidad del contratista por daños causados a terceros en la ejecución de los contratos administrativos", *Revista de Administración Pública*, n.º 147, Madrid, septiembre-diciembre 1998.

Moreno Molina, J. A., "Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración", *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Públic, 2012.

Moreno Molina, J. A., "La reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos", *Revista de Administración Pública*, n.º 151, Madrid, enero-abril 2000.

Moreno Molina, J. A., "Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva Ley estatal de contratos del sector público", *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 45, 2008.

Moreno Molina, J. A., "'Un mundo para Sara'. Una nueva categoría en el derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada", *Revista de Administración Pública*, n.º 178, Madrid, enero-abril 2009.

Moreno Molina, J. A. y Pleite Guadamillas, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 3.ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2010.

Muñoz Machado, S. (dir.), *Tratado de Derecho Municipal. Tomo II*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2003.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las Administraciones Públicas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (*AFDUDC*), n.º 12, 2008.

Rodríguez-Arana Muñoz, J., "Los principios del Derecho global de la contratación pública", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, n.º 66, 2011.

Saz, S. del, "La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?", *Revista de Administración Pública*, n.º 174, Madrid, septiembre-diciembre 2007.

Tolosa Tribiño, C., *Contratación Administrativa*, DAPP, Pamplona, 2008.

El delito de cohecho, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo

Antoni Pelegrín López

Fiscal delegado de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona

1. **Introducción**
2. **Visión general de las modalidades de cohecho**
3. **Concepto de "dádiva", "favor" o "retribución"**
4. **Regulación de las distintas modalidades de cohecho**
   - 4.1. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos ilícitos o irregulares
   - 4.2. Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos propios del mismo
   - 4.3. Cohecho de recompensa
   - 4.4. Cohecho en consideración al cargo
   - 4.5. Extensión a quienes participen en el ejercicio de las funciones públicas
   - 4.6. Cohecho cometido por particular
   - 4.7. Cohecho cometido por particular en una causa criminal
   - 4.8. La excusa absolutoria de la delación
   - 4.9. Extensión de las modalidades de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea y afines
   - 4.10. Responsabilidad de las personas jurídicas
5. **Autoría y participación**
6. **Concurrencia del cohecho con otros delitos**
7. **Particularidades procesales**
8. **Bibliografía**

Artículo recibido el 17/01/2017; aceptado el 26/01/2017.

Resumen

A través de la regulación de las diversas modalidades del delito de cohecho en el Código Penal, se pretende evitar que la actuación de los servidores públicos esté guiada por la consecución de una gratificación procedente del ciudadano interesado en una determinada acción u omisión administrativa. Las sucesivas reformas del Código Penal, especialmente la realizada mediante la Ley Orgánica 5/2010, han aumentado considerablemente la penalidad prevista para este delito, debido a la creciente preocupación y sensibilidad de la opinión pública en relación con estas conductas. Por otra parte, el delito de cohecho no llega a estar suficientemente perseguido a pesar de la sospecha de su presencia, sin duda consecuencia de la especial habilidad de aquellos que practican esta actividad delictiva, lo cual dificulta la obtención del necesario material probatorio para poder formular una acusación viable y obtener así una condena.

Palabras clave: *dádiva; favor; retribución; ofrecimiento; promesa o recompensa; cohecho pasivo y activo; excusa absolutoria por colaboración; comisión por personas jurídicas*.

Bribery after the reform of the Criminal Code by Organic Law 1/2015, of 30 March

Abstract

The different categories of bribery regulated in the Criminal Code pursue to avoid the conduct of civil servants motivated by payments coming from citizens interested in specific administrative conducts or inactions. The successive reforms of the Criminal Code, especially by Organic Law 5/2010, have increased the severity of the penalty due to the growing concerns and sensibility of the public opinion in relation to these conducts. On the other hand, the criminal offence of bribery is not sufficiently prosecuted despite the existing suspicions of its existence, especially because of the special skills of the offenders and the difficulties to obtain the necessary evidences for making a solid criminal case and obtaining a conviction.

Keywords: bribery; compensation; offer; promise; passive and active bribery; acquittal for collaboration; criminal offence committed by legal entities.

1
Introducción

Las distintas modalidades de cohecho se hallan reguladas en el Código Penal dentro del Título XIX, correspondiente a los "Delitos contra la Administración pública" (arts. 419 a 427). La redacción inicial de ese delito prevista en el Código Penal de 1995 fue objeto de una importante reforma mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, debido a que era necesario adecuar la legislación penal española, entre otros, a convenios internacionales suscritos por España, como el Convenio penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999, que entraba en vigor en agosto de 2010. Posteriormente la reforma del Código Penal realizada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, ha incluido algunas ligeras modificaciones a ese régimen, aunque manteniendo la descripción de las distintas modalidades delictivas del cohecho introducida en el año 2010.

La regulación de este delito, íntimamente ligado a la idea que los ciudadanos tienen de la corrupción junto con el de malversación de caudales públicos, tiene por objeto prevenir que las autoridades o funcionarios actúen o dejen de actuar, en el ejercicio de sus funciones públicas, motivados por la obtención en su favor o en favor de un tercero de un beneficio procedente de alguien interesado en esa acción u omisión. Mediante este delito se lesiona o se pone en riesgo la obligación legal que tienen los servidores públicos de atender con objetividad los intereses generales, pues esta ha de ser la razón de su actuar. Se busca, pues, mediante las distintas modalidades previstas del delito de cohecho, garantizar esa imparcialidad y objetividad en el desempeño de la función pública por parte de las autoridades y funcionarios, salvaguardando un funcionamiento correcto de la Administración pública (art. 103 de la Constitución española).

En la práctica no son muchos los procedimientos penales que se inician para la investigación de este delito en España, a pesar de apreciarse en nuestra sociedad la sensación, más o menos extendida, de que el cohecho es una práctica frecuente, aunque silenciada y de muy difícil prueba. En las materias urbanísticas y medioambientales, que están relacionadas estrechamente con las investigaciones objeto de la Sección de Medio Ambiente y Urbanismo de la Fiscalía Provincial de Barcelona que actualmente coordino, es esencial la actividad administrativa de autorización y control en esas materias. No es nada infrecuente que, en las investigaciones penales que se llevan a cabo por delitos relacionados con esas materias, se descubran gran cantidad de irregularidades en el funcionamiento administrativo, que suelen conllevar un beneficio para un particular que acabará, por ejemplo, logrando

el otorgamiento a su favor de una licencia de obras, o el funcionamiento de su industria ilegal, o que no se le abra un expediente sancionador por infracciones administrativas evidentes realizadas en esas materias. En tales casos se investigarán en los Juzgados los delitos presuntamente cometidos por la autoridad o funcionario público y respecto de los cuales habrá indicios más que suficientes, como suelen ser los delitos sobre la ordenación del territorio del art. 320 del Código Penal, contra los recursos naturales y el medio ambiente del art. 329 del mismo cuerpo legal, o la prevaricación genérica del art. 404 del citado Código, sin que el posible cohecho que pudiera explicar esas actuaciones u omisiones administrativas irregulares sea normalmente investigado, pues ningún indicio habrá para hacerlo y únicamente tendremos simples sospechas de que pueda haber existido alguna gratificación motivadora de esas acciones u omisiones. De hecho esos delitos no necesitan que la autoridad o funcionario actúen movidos por un especial interés económico, sino que únicamente exigen que actúen dolosamente, a sabiendas de la injusticia de su acción u omisión. Es fácil pensar, viendo determinadas irregularidades administrativas dirigidas claramente a favorecer a algunos particulares o empresas, que podría mediar alguna remuneración por parte de estos que explicara ese proceder. Sin embargo, por mucho que pueda suponerse en estos casos tal motivación, si no hay algún dato o elemento de prueba relevante que permita acreditar ese soborno difícilmente podrá probarse la existencia del delito de cohecho.

2
Visión general de las modalidades de cohecho

Tradicionalmente en la regulación del delito de cohecho se ha hecho la distinción entre el cohecho pasivo y el activo, siendo el primero el cometido por la autoridad o funcionario público y el segundo el cometido por particulares. Por tanto se trata de figuras delictivas que son independientes aunque relacionadas, como se expondrá.

En la regulación vigente de las modalidades de cohecho, se contempla por un lado la comisión del delito por la autoridad o funcionario público en los arts. 419 a 423. La penalidad varía según cuál sea el objeto pretendido por aquel. Así, si lo que se pretende por la autoridad o funcionario es realizar un acto u omisión contrarios a los deberes de su cargo (art. 419) la penalidad es mayor que si lo que se busca con el soborno es realizar un acto propio de su cargo, que no será necesario que sea ilícito o irregular (art. 420). También se sanciona de la misma manera, para evitar posibles impunidades,

la recompensa recibida o solicitada por la autoridad o funcionario por la previa realización de los anteriores actos irregulares o propios del cargo (art. 421).

El regalo admitido por la autoridad o funcionario en consideración al cargo o función se halla sancionado con una pena sensiblemente inferior a las anteriores conductas (art. 422).

Los referidos preceptos penales se extienden expresamente a determinados particulares que, de manera transitoria, se hallen realizando actividades que suponen la participación en el ejercicio de una verdadera función pública (art. 423).

En los delitos de cohecho es normal que junto a la modalidad que sanciona a la autoridad o funcionario público se contemple la conducta delictiva del particular interesado en ofrecer, entregar o aceptar la gratificación a favor de aquellos a los efectos de que su asunto, que se halla en manos de la Administración, sea tramitado o resuelto conforme a sus intereses privados. También puede producirse ese ofrecimiento a la autoridad o funcionario sin que este lo acepte. En el Código Penal se regula el soborno del particular de modo separado al del soborno de la autoridad o funcionario público, con una penalidad idéntica a la prevista para estos, según la finalidad pretendida sea la realización de un acto administrativo irregular o bien un acto propio (art. 424). Se contempla un delito de cohecho con pena atenuada cuando el particular realiza los actos de soborno en causa criminal para favorecer de esa manera a familiares próximos (art. 425).

Con el propósito de hacer aflorar este delito, se establece una excusa absolutoria en favor del particular que haya accedido a la petición de soborno de la autoridad o funcionario y ponga en conocimiento esos hechos delictivos ante la autoridad (art. 426).

Finalmente, se regula una extensión de los funcionarios públicos y autoridades que pueden cometer ese delito o que puedan ser afectados por el mismo (art. 427), así como la penalidad correspondiente a las personas jurídicas que sean responsables de los delitos de cohecho (art. 428).

3
Concepto de “dádiva”, “favor” o “retribución”

En el delito de cohecho subyace siempre una prestación a realizar por el particular en favor de la autoridad o funcionario público o un tercero. Se denomina “dádiva”, “favor” o “retribución” de cualquier clase. Con esos términos tan amplios, esa prestación podrá tener un valor evaluable económicamente

o no y permite un amplísimo abanico de actos que tendrán que implicar una ventaja en favor de la autoridad o funcionario, corrompido o a corromper, o de un tercero. Esa prestación habrá de ser el motor de la acción u omisión de la autoridad o funcionario público.

La casuística puede ser muy extensa. En la práctica podemos hallar desde ofrecimientos o pagos de sumas importantes de dinero en metálico, pasando por la entrega de bienes muebles o inmuebles, hasta el pago de las consumiciones y servicios sexuales en club de alterne a favor de la autoridad o funcionario.

Es evidente que esa retribución va a tratar de ser disimulada por las partes intervinientes para evitar su descubrimiento y la relación de la misma con la función pública subyacente. Será habitual que el pago se haga a favor de un tercero de confianza distinto de la autoridad o funcionario público comprometido en ese delito. Incluso se utilizan contratos simulados para hacer esa entrega de dinero, como por ejemplo el préstamo de una suma dinero que jamás se reclamará ni devolverá.

4
Regulación de las distintas modalidades de cohecho

4.1
Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos ilícitos o irregulares

El art. 419 del Código Penal establece:

> *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.*

En primer lugar hay que decir que el concepto de autoridad o funcionario público será el concepto extenso que establece el art. 24 del Código

Penal, sin perjuicio de la ampliación expresa que contemplan los arts. 423 y 427 del mismo Código, a la que nos referiremos más adelante.

En la STS 186/2012, de 14 de marzo, que tenía por objeto el recurso de casación contra una sentencia que condenó por delito de cohecho a una persona que ejercía las funciones de supervisión, control y vigilancia de las zonas rurales en una población malagueña, pues había suscrito un contrato administrativo por el que se le adjudicaba el servicio municipal para hacer esas tareas a los efectos de prevenir y sancionar infracciones urbanísticas y ambientales, el cual exigía cantidades importantes de dinero a particulares para no iniciar en su contra los trámites administrativos por las infracciones administrativas descubiertas por el condenado en suelo no urbanizable y realizadas por aquellos, se planteó por su defensa que esa persona no era funcionario público. En dicha resolución del Tribunal Supremo se considera, de conformidad con lo establecido en el art. 24 del Código Penal y siguiendo reiterada jurisprudencia del mismo Tribunal, que el concepto de funcionario público a efectos penales es diferente del característico del ámbito administrativo. El concepto penal es más amplio, pues se considera funcionario o autoridad a efectos penales a aquel que es nombrado por disposición de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente para participar en las funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo. Se considera allí que el factor que define al funcionario público es la participación efectiva en funciones públicas, siendo por ello funcionario a efectos penales tanto "el titular, o 'de carrera' como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia".

En esta figura delictiva más grave de cohecho incurrirá la autoridad o funcionario tanto si recibe efectivamente la ventaja como cuando simplemente la solicita. Por tanto, tiene el mismo reproche penal si la autoridad o funcionario recibe la prestación del particular como si únicamente la pide y no la obtiene. Dicha ventaja tanto podrá ser recibida o solicitada directamente por aquel o bien a través de una persona interpuesta, lo cual es usado para tratar de evitar así el descubrimiento del delito. También realiza el delito la autoridad o funcionario cuando la idea delictiva no nace en él y se limita a aceptar el ofrecimiento o la promesa de esa prestación procedente de un tercero.

Como se ha indicado, lo que solicita, recibe o acepta la autoridad o funcionario público ha de ser una prestación de un tercero que ha de reportarle una ventaja o beneficio a aquel servidor público o a otra persona. Dicha

prestación ha de ser la razón de la actuación u omisión irregular que será reprochada al responsable público y que, en esta modalidad delictiva, ha de suponer la realización de alguna acción u omisión ilícita o irregular por parte de este. La finalidad de esa prestación recibida, buscada o aceptada por el funcionario habrá de tener un objetivo, consistente en que en el ejercicio de su cargo realice un acto que sea contrario a los deberes inherentes a su cargo o que no realice o retrase injustificadamente el acto que debía practicar.

La reforma del Código Penal de 2010, gracias a la nueva redacción de este precepto, ha incluido en esta modalidad más grave de cohecho conductas que eran sancionadas con pena sensiblemente inferior. Así, antes de la reforma, en esta forma más grave de cohecho prevista en dicho precepto se contemplaban solo las acciones u omisiones constitutivas de delito cometidas o a realizar por la autoridad o funcionario público, mientras que ahora no solo se incluyen allí esos actos u omisiones delictivos a cometer por el responsable público, sino también cualquier acto irregular administrativo o la no realización o el retraso no justificado de un asunto administrativo. La ampliación del tipo es, pues, muy destacable. Antes de esa reforma de 2010, cuando el cohecho proyectaba hacer un acto injusto en el ejercicio del cargo (art. 420) o abstenerse de un acto que debiera practicarse en ese ejercicio (art. 421) se sancionaba con unas penas muy inferiores a las previstas en el régimen vigente. Tal penalidad reducida de estos supuestos hacía que, en muchas ocasiones, cuando se descubrían las pruebas de la comisión de esas modalidades delictivas estas ya habían prescrito por el transcurso de los plazos de prescripción, cuya extensión depende de la de las penas a imponer a la infracción penal correspondiente (arts. 131 y 132 del Código Penal).

No será tarea fácil en la práctica determinar cuándo estaremos ante un acto contrario a los deberes inherentes al cargo de la autoridad o funcionario, pues la casuística puede ser muy extensa en la práctica administrativa. En los actos reglados de la Administración podrá ser más o menos evidente que no se ha respetado la normativa aplicable, teniendo en cuenta el menor margen de actuación para adoptar la decisión o para incurrir en la omisión o en el retraso, mientras que en los actos discrecionales será más difícil determinar cuándo esa actuación ha infringido algún deber, pues estos son actos que permiten un gran margen de decisión. En este último caso se deberá tener en cuenta especialmente si ha habido desviación de poder en el dictado del acto discrecional, de manera que no se busque con esa decisión la satisfacción de un verdadero interés público, sino la obtención de esa retribución para servir a un interés particular.

Precisamente sobre esta cuestión de la discrecionalidad consideramos de gran interés la STS 20/2001, de 28 de noviembre, que ratifica la condena

impuesta contra varios responsables políticos del Gobierno de la Comunidad de Navarra por realizar importantes adjudicaciones de obra pública a cambio de importantes sumas y otros bienes. Se valoró que las decisiones políticas de adjudicación de esas grandes obras, que en el fondo tenían un carácter discrecional, no se adoptaron en función de criterios de imparcialidad y objetividad, sino que estaban condicionadas por acuerdos previos que adulteraban todo el proceso de adjudicación. De ese modo, en esa resolución se establecía que: "[…] como señala la sentencia 1493/1999, de 21 de diciembre, […] el hecho de prescindir de modo manifiesto de cualquier criterio objetivo en la adjudicación de obras públicas y marginar los parámetros de seguridad, eficacia, calidad, celeridad o coste, entre otros, para adjudicar las obras en función exclusiva de la percepción de ilícitas comisiones, sustituyendo la discrecionalidad por la más pura arbitrariedad, califica manifiestamente de injusta la actuación enjuiciada". Se añade que: "No se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de constatar el hecho de que la adjudicación de una obra pública precondicionada por un acuerdo previo adoptado en función de una dádiva y prescindiendo en consecuencia de los factores objetivos que deberían determinar el proceso de selección de ofertas situadas en condiciones de igualdad, constituye en sí misma un acto intrínsecamente injusto, como manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico".

En relación con tal cuestión sobre la discrecionalidad suele plantearse cuál ha de ser el reproche penal que merece la acción del responsable político que emite su voto o se abstiene para la adopción de un acuerdo a cambio de obtener una dádiva, promesa o recompensa, o la del particular que busca interesadamente obtener ese voto o esa abstención a cambio de ofrecer o entregar esa retribución. El Tribunal Supremo, en su sentencia 472/2011, de 19 de mayo, valoró el supuesto acreditado en que una persona ofreció durante el año 2007 y en más de una ocasión importantes sumas de dinero a un concejal de un ayuntamiento alavés para que, apartándose de la postura del grupo político al que pertenecía, votara a favor de la construcción de un campo de golf en ese término municipal. Se consideró en esa sentencia que "cuando se intenta mediante el percibo de una cantidad que un concejal emita su voto motivado por el precio o recompensa que se le promete, con independencia del sentido de su voto, y con independencia de cuál pueda ser el sentido del voto y su adecuación o no a las directrices de su partido político, se está, a no dudar ante un acto injusto, injusticia que estaría en la contradicción con su condición de concejal que debe actuar conforme al mismo y que está directamente relacionado con el principio de imparcialidad que debe ser entendido como ausencia de interferencias en la adopción de las decisio-

nes públicas que deben estar guiadas por los fines públicos del bien común que legalmente justifican su desempeño". Se añade además que: "Es evidente que el ofrecimiento de dinero para conseguir un concreto posicionamiento de un elegido del consistorio constituye un acto de corrupción político-económica, por parte de quien hace el ofrecimiento, con independencia de que su ofrecimiento –como en este caso– no haya prosperado porque ha habido un intento de corrupción a un funcionario público". Además, en esa misma sentencia se recuerda que ya el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha tratado esa cuestión del voto comprado, como en la STS 1952/2000, donde el concejal condenado comprometió su voto a cambio de cantidades en metálico y por eso se abstuvo en la votación para la elección del alcalde, lo cual dio el puesto al candidato de otra formación política, o la STS 1125/2007, donde un particular ofreció dinero a un concejal para que en una votación de censura se abstuviera para evitar así el éxito de esa moción.

Debe recordarse aquí que antes de la reforma de 2010, que introdujo esa nueva redacción de las modalidades de cohecho, en el art. 420 del Código Penal se regulaba el cohecho cometido por funcionario o autoridad para ejecutar un "acto injusto relativo a su cargo". Tal redacción planteaba difíciles problemas de interpretación a la hora de determinar cuándo estábamos ante un acto injusto y cuándo no, aspecto relevante a los efectos de la tipificación y la consiguiente penalidad. El régimen actual ha eliminado tal referencia acerca de esa posible injusticia del acto o de la omisión, y define con mayor claridad la conducta sancionada, evitando dudas en la aplicación del tipo penal.

No obstante, tiene interés aquí recordar que el Tribunal Supremo, en su sentencia 719/2009, de 30 de junio, estableció que el concepto de acto injusto limitaba por arriba con la infracción delictiva, mientras que el límite inferior se contemplaba cuando la dádiva tuviera por objeto la realización de un acto no prohibido legalmente, o cuando se recibiera o admitiera el regalo en consideración a la función desempeñada. Se considera allí que la injusticia de un acto no puede venir determinada por la mera existencia de una promesa o solicitud de dádiva, pues este es un requisito común de las modalidades de cohecho, sino por una contradicción con aquellas normas que regulan la actuación que había de realizar el funcionario público. Por otro lado, la STS 782/2005, de 10 de junio, establecía al respecto que "la injusticia del acto no consiste en una ilegalidad formal o administrativa sino en una contradicción material y relevante con el ordenamiento jurídico". Entendemos que el vigente régimen legal previsto actualmente en el art. 419 del Código Penal, además de evitar esos problemas interpretativos referidos, supera esa interpretación jurisprudencial sobre lo que ha de entenderse como acto injusto,

pues ahora simplemente se exigirá que se busque que la autoridad o funcionario realicen un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o no realicen o retrasen injustificadamente un asunto, lo cual supone una ampliación notable del tipo, que va mucho más allá de la mera realización de un acto injusto.

Con el régimen ahora vigente, como deberes inherentes al cargo se consideran tanto las obligaciones propias del cargo legalmente establecidas como las de carácter meramente deontológico, lo cual demuestra la ampliación realizada por el legislador.

Es relevante que la autoridad o el funcionario actúen en el ejercicio de su cargo para realizar esa conducta irregular que se pretende, de manera que ha de estar a su alcance que aquellos actos u omisiones contrarios a los deberes propios de su función puedan ser realizados. No será necesario que aquel realice personalmente el acto u omisión irregulares, aunque se precisará que de alguna manera contribuya de manera eficaz a que aquello se produzca.

Si el acto u omisión irregular es constitutivo de un delito se deberá penar este de manera separada, tal y como se contempla en la parte final de ese precepto, y estaremos ante un concurso medial de delitos del art. 77, núm. 1, del Código Penal.

La no declaración de la dádiva o retribución recibida puede suponer, de darse el resto de los requisitos legales previstos en el art. 308 del Código Penal, la comisión por parte del perceptor de un delito fiscal. Así lo contempló la STS 20/2001 antes referida, donde se afirma que nos hallaríamos ante un concurso de normas del art. 8 del Código Penal, de modo que "los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen ilícito deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública, pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados. La procedencia ilícita de los bienes no puede constituirse en un beneficio o privilegio para el defraudador".

4.2
Cohecho cometido por autoridad o funcionario público para la comisión en el ejercicio de su cargo de actos propios del mismo

El art. 420 del Código Penal establece:

> *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva,*

favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.

Aquí se contemplan los mismos comportamientos que en el anterior precepto, pero en este caso el objeto buscado no es la realización por parte del responsable público de un acto u omisión contrario a los deberes de su cargo, sino la realización de un acto que es conforme a aquellos deberes. Por tanto, aquí lo que se regula es que la autoridad o funcionario público recibe, solicita o acepta la promesa de una dádiva, favor o retribución a su favor o a favor de un tercero para hacer una actuación u omisión que no es contraria a derecho. Eso implica que haya un particular dispuesto a ofrecer algo a cambio de que el responsable público realice aquello que le corresponde hacer, o bien que dicho servidor público espere que el particular esté dispuesto a facilitarle alguna ventaja por hacer aquello que es correcto y que procede. Podrá tener más sentido esperar esta acción delictiva en los supuestos en los que se busca el dictado de un acto discrecional correcto por la autoridad o funcionario corrompido, pues en estos casos ese margen de decisión permite resolver en un sentido no deseado por el particular.

Por otra parte, cuando existan dudas razonables sobre si el acto u omisión a realizar por la autoridad o funcionario es contrario a los deberes propios de su cargo, pero se acrediten el resto de los elementos del cohecho del art. 419 del Código Penal, entonces se deberá aplicar esta modalidad del cohecho por actos propios del cargo conforme al principio *in dubio pro reo*.

Tiene interés poner de manifiesto que antes de la reforma de 2010 esta modalidad de cohecho se sancionaba en el art. 425 solo con inhabilitación especial para empleo o cargo público y multa, por lo que ahora se ha agravado notablemente la penalidad, al introducir también la pena de prisión.

Muestra de que no es demasiado normal que el particular pague a la autoridad o funcionario si sabe que va a obtener a cambio algo a lo que tiene derecho es el supuesto al que hace referencia la STS 785/2012, de 3 de septiembre. Allí se valoraron unos hechos consistentes en que el alcalde y el concejal de Urbanismo de una población malagueña, actuando de común acuerdo, fomentaron una confusión acerca de la legislación urbanística aplicable en ese municipio, de modo que los particulares interesados creían que tenían que pagar u ofrecer dádivas a aquellos para lograr las licencias de obras a las que realmente tenían derecho, llegando incluso aquellos respon-

sables municipales a exigir esas contraprestaciones, ocultándoles que el asunto debía resolverse legalmente de manera favorable a sus intereses, o incluso generando en ese particular el temor a que sin la dádiva no se resolvería de manera favorable o se le impediría el disfrute de la licencia una vez otorgada. En este peculiar supuesto se ratificó por el Tribunal Supremo la condena impuesta por la Audiencia de Málaga a aquellos responsables municipales como autores de la modalidad de cohecho por la realización de un acto conforme a derecho, pues no se acreditó la comisión de ilegalidad a pesar del ardid utilizado para conseguir esas dádivas, que bien podía subsumirse también en un delito de estafa.

4.3
Cohecho de recompensa

El art. 421 del Código Penal establece:

> *Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.*

El anterior precepto extiende las modalidades de cohecho del art. 419 y 420 del Código Penal a cuando la ventaja se solicita o se recibe por la autoridad o funcionario público después de la realización de sus actos u omisiones, y como recompensa de esa acción u omisión. Por tanto, aquí lo que busca el responsable público es que el particular le retribuya por lo que ya ha hecho o no ha hecho en el ejercicio de su cargo.

A diferencia de los anteriores preceptos comentados, este solamente contempla la acción de recepción o solicitud, pero no sanciona expresamente la aceptación del ofrecimiento o promesa de retribución hecha por el particular por la acción u omisión que hubiera llevado a cabo la autoridad o funcionario público. No obstante, esa aceptación sería un acto punible por la vía de la tentativa de esta modalidad de delito de cohecho, ya que se hubieran iniciado actos ejecutivos relevantes destinados a la comisión del mismo en su forma de recepción.

Antes de la reforma de 2010 esta modalidad de cohecho de recompensa tenía un tratamiento penal muy privilegiado en el art. 425, regulado junto a la modalidad del acto propio del ejercicio del cargo antes referido.

4.4
Cohecho en consideración al cargo

El art. 422 dispone:

> *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.*

Se regula aquí un comportamiento de cohecho muy atenuado en comparación con los anteriores, que contemplaban elevadas penas de prisión, multa e inhabilitación especial para empleo o cargo público. Solamente se recoge la acción de admisión de la dádiva o del regalo por parte de la autoridad o funcionario público, de manera que tenga su disponibilidad o ya lo haya aprovechado, sin perjuicio de que los supuestos de acuerdos previos del servidor público con el particular gratificador o de petición de dádiva o regalo por parte del primero serán considerados actos de ejecución, a penar a través de la tentativa de ese delito.

La cuestión que plantea en la práctica esta modalidad atenuada es determinar qué presentes o favores procedentes de un particular y dirigidos a un responsable público tienen la suficiente entidad como para integrarse en este concreto delito. Es sabido que en muchas ocasiones autoridades y funcionarios suelen recibir constantemente ofrendas en forma de objetos, comidas, cenas o entradas a espectáculos públicos. Objetivamente podrían entrar dentro de este tipo penal, pues son claramente dádivas o regalos que aquellos reciben precisamente porque tienen ese cargo público relevante. No obstante, teniendo en cuenta su reducido valor y que se considera que tales presentes no llegan a influir en la corrección de su actividad pública, ni tampoco es lo pretendido por el particular que los entrega, no son perseguidos penalmente. Se entiende que esos regalos se ajustan a la idea de adecuación social y no se pueden incluir en este delito, pues lo que interesa para la aplicación del mismo es que la dádiva o regalo tenga virtualidad suficiente para afectar acciones u omisiones de la autoridad o funcionario beneficiado. De ahí que se utilice el término "en consideración a su cargo o función". Se sanciona, pues, la admisión de la dádiva o regalo por la autoridad o funcionario, procedente de un particular interesado en facilitar de ese modo una actuación u omisión administrativa favorable a sus intereses, lo cual conocerá el responsable público que recibe ese favor. Ha de ser una dádiva o regalo que sitúe a la autoridad o funcionario público que la recibe en una cierta predisposición favorable hacia el particular que hace la entrega o hacia un tercero.

4.5
Extensión a quienes participen en el ejercicio de las funciones públicas

El art. 423 establece:

> *Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados, árbitros, mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

A pesar del concepto amplio de funcionario público previsto en el art. 24 del Código Penal, se contempla expresamente mediante este artículo que las anteriores modalidades de cohecho, reservadas para la autoridad y el funcionario público, serán de aplicación también a determinadas personas que se hallan en el ejercicio concreto de funciones públicas que pueden verse comprometidas por la dádiva, favor, retribución, ofrecimiento, promesa o regalo referidos en los arts. 419 a 422.

4.6
Cohecho cometido por particular

Esta modalidad de soborno se encuentra recogida en el extenso art. 424 del Código Penal:

1. *El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.*
2. *Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.*
3. *Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de*

inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.

La idea clásica del soborno suele ser la de un particular que, de manera espontánea o por petición del funcionario, entrega algo o hace algo que favorece a este o a un tercero para que ese responsable público realice una acción u omisión que interesa a ese particular o a un tercero. Suele ser, pues, corriente que haya un acuerdo previo, expreso o tácito, de esas partes, aunque, como ya se ha indicado antes, se contempla la sanción penal del cohecho cuando solamente una de las partes de esa posible relación actúa de una determinada manera y sin participación del otro. Esta posible sintonía es la que se tiene en cuenta en el art. 424, pues a la hora de describir el cohecho del particular distingue en el apartado 1 la conducta de soborno promovida por ese particular y en el apartado 2 la misma conducta pero promovida por la autoridad o funcionario público.

En la primera modalidad de promoción del cohecho por decisión del particular se exige que este ofrezca o entregue una dádiva o una retribución de cualquier clase, es decir, una ventaja a una autoridad o a un funcionario público o a una persona que participe en el ejercicio de las funciones públicas. Esta última referencia es congruente con la extensión prevista en el anterior art. 423 del Código Penal. No obstante, no se establece expresamente que ese favor pueda ser en provecho de un tercero distinto de la autoridad o funcionario, pues se exige que se ofrezca o entregue a estos. De todos modos, si la dádiva o retribución en provecho de un tercero era lo que buscaba la autoridad o funcionario público debe entenderse que no deja de ser un favor o beneficio a su favor y, por tanto, en estos supuestos no debe discutirse que se cumple el tipo penal. Los términos "dádiva o retribución de cualquier otra clase" permiten dicha interpretación. De lo contrario quedarían impunes los sobornos del particular ofrecidos o entregados a persona distinta del funcionario cuando este quisiera que el favor se materializara de ese modo, o bien por ser una buena manera de disimular el pago a su favor.

Lo que buscará el particular con esa acción de corrupción es influir en la persona beneficiada o a beneficiar para que realice una acción u omisión administrativa favorable a sus intereses o a los de un tercero. En consonancia con las anteriores modalidades de cohecho realizadas por autoridad o funcionario público, el objetivo buscado por el particular podrá ser que estos realicen un acto contrario a los deberes de su cargo, o que no realicen o retrasen injustificadamente un acto debido. También podrá ser el objetivo pretendido que el servidor público realice un acto correcto y propio de su

cargo, o bien que la dádiva o retribución sea ofrecida o entregada por propia iniciativa del particular en consideración a su cargo, como regalo. Por tanto, se incluyen aquí todas las finalidades pretendidas en el cohecho del funcionario en los arts. 419 a 422, de manera que las penas de prisión y multa a imponer al particular serán las mismas que las previstas en esos preceptos para la autoridad o funcionario en sus respectivos casos.

Si quien solicita o propone la dádiva o la retribución es la autoridad o funcionario público, el particular cometerá el delito y será sancionado con las mismas penas de prisión y multa para él previstas en cada caso siempre que haga entrega de esa prestación demandada a aquel responsable público. Como se ha indicado al comentar el cohecho del particular por su iniciativa, también aquí hemos de entender que será indiferente si quien recibe la dádiva o retribución es directamente la autoridad o funcionario o bien si se hace a favor de un tercero por indicación de aquel.

En cuanto al regalo en consideración al cargo, solamente se entiende que comete el delito el particular que ofrece o entrega la dádiva o el regalo por su propia iniciativa y no cuando atiende la solicitud en ese sentido del funcionario público, pues en esa misma modalidad delictiva prevista para estos en el art. 422 del Código Penal únicamente se sanciona la admisión de esas dádivas o regalos por la autoridad o funcionario público, sin contemplar expresamente la solicitud que haga al particular de dicho favor.

El último párrafo establece que, si el soborno del particular tuviera por objeto procedimientos de contratación, de subvenciones o de subastas convocadas por la Administración o entes públicos, entonces se tendrán que imponer también a ese particular las concretas penas de inhabilitación para obtener subvenciones o ayudas públicas para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la seguridad social allí previstas.

4.7
Cohecho cometido por particular en una causa criminal

El art. 425 establece un tipo atenuado de cohecho cometido por un particular:

> *Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.*

Se considera por el legislador a través de ese artículo que las anteriores modalidades de cohecho cometidas por un particular merecen un trato penal más beneficioso, en atención a que el objeto pretendido por aquel es obtener de la autoridad o funcionario público una actuación u omisión que ha de favorecer a esas determinadas personas, que tienen una especial relación familiar o de afectividad con quien corrompe y que están involucradas en un asunto penal.

4.8
La excusa absolutoria de la delación

Con el propósito de poder perseguir este delito, se establece en el art. 426 del Código Penal:

> *Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.*

Introducida ya en el nuevo Código Penal de 1995, se contempla aquí una excusa absolutoria que va dirigida, única y exclusivamente, a beneficiar a los particulares que hayan cometido ese delito de cohecho, en alguna de las modalidades del art. 424 o 425 del Código Penal. No obstante, para beneficiarse de ella y de la impunidad que finalmente supone será necesario que ese particular delator no haya sido el promotor del soborno, y que haya atendido la petición de la dádiva o retribución del responsable público de una manera puntual. Además, la denuncia de esa acción cometida se tendrá que hacer ante persona que tenga la obligación de investigar los hechos, y se fija un plazo breve de dos meses para hacer esa denuncia, cuyo cómputo se iniciará el día en que se hizo entrega de la dádiva o retribución al funcionario corrompido.

4.9
Extensión de las modalidades de cohecho a los funcionarios de la Unión Europea y afines

Una nueva ampliación expresa del concepto de funcionario público a los efectos del delito de cohecho se establece en el art. 427 del Código Penal:

Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando los hechos sean imputados o afecten a:

a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.

Este precepto deriva del contenido del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción por parte de funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997.

4.10
Responsabilidad de las personas jurídicas

Se contempla en el art. 427 bis del Código Penal que las personas jurídicas pueden ser responsables, actuando como particulares, de las modalidades de cohecho referidas en los arts. 424 y 425 del Código Penal, estableciéndose sanciones para estas entidades del siguiente modo:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Es evidente que para poder aplicar esas penas será necesario que la persona jurídica sea penalmente responsable, de conformidad con los requisitos establecidos en el art. 31 bis del Código Penal, redactado conforme a la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

5
Autoría y participación

En principio es autor de la correspondiente modalidad de cohecho, conforme al art. 28 del Código Penal, el funcionario, autoridad o particular que realiza la conducta prevista en los respectivos tipos penales comentados. Sin embargo, teniendo en cuenta las particularidades de los comportamientos que pueden llegar a concurrir en las distintas modalidades referidas, es fácil que junto a la autoría directa o material del delito encontremos otras formas de participación, como son la inducción, la cooperación necesaria o la complicidad. Cabe pensar que normalmente aquel funcionario que quiere obtener una dádiva, promesa o retribución se servirá de otra u otras personas extrañas a la función pública para lograr su objetivo lucrativo, a los efectos de evitar el descubrimiento del delito. Es lógico que si el particular interesado paga la dádiva a un tercero, desconectado aparentemente del funcionario o autoridad corruptos, será más difícil después para los investigadores acreditar la relación entre esa dádiva y la acción u omisión del servidor público que es gratificado. Ese tercero será cooperador necesario de la infracción penal si se presta a esa colaboración con conocimiento de su finalidad delictiva.

La ya referida STS 20/2001, de 28 de marzo, recalca que: "En el supuesto actual es claro que encontrándonos ante un delito continuado de cohecho, en el que se realizan una pluralidad de acciones en ejecución de un único plan preconcebido –plan en el que adquiere una relevancia esencial la necesaria contribución de personas de confianza ajenas a la función pública que perciban y gestionen las comisiones– la cooperación previamente concertada y prestada durante la ejecución del proceso delictivo constituye una forma de participación que contribuye directamente a la materialización del injusto típico, y no un encubrimiento posterior como delito autónomo contra la Administración de Justicia". Además se añade al respecto que "[...] en el delito de cohecho es posible la participación de personas distintas del autor o autores principales o directos, a título de cooperadores, necesarios o no.

Si, como sucede en el caso actual, un particular, *extraneus*, participa en el delito cometido por el funcionario *intraneus*, dicho particular habrá de responder por su participación delictiva conforme al principio de accesoriedad en relación con el delito realmente ejecutado, sin perjuicio de que se modere la penalidad atendiendo a la ausencia de la condición especial de funcionario". Además se afirma que: "Conforme a lo dispuesto en el art. 420 del Código Penal de 1995, el autor del cohecho puede recibir la dádiva 'por sí o por persona interpuesta'. Pues bien, dicha persona interpuesta, cuando actúa con pleno conocimiento y voluntad de cooperar en dicha acción delictiva, como sucede en el caso actual, es partícipe del delito de cohecho".

6
Concurrencia del cohecho con otros delitos

Como se ha anticipado antes ya se deduce que si lo pretendido mediante el cohecho es, como contempla el art. 419 del Código Penal, la realización por la autoridad o funcionario público en el ejercicio de su cargo de un acto contrario a los deberes propios de su cargo, o no realizar o retrasar injustificadamente aquel que debía practicar, junto a esa infracción penal se podrá cometer otra, siempre que obviamente esa acción u omisión indebida buscada sea constitutiva de algún ilícito penal. Nos hallaremos entonces ante un concurso medial de delitos, previsto en el art. 77, núm. 1, del Código Penal, ya que el delito de cohecho será medio necesario para cometer otro u otros delitos, sancionándose las diversas infracciones penales conforme a las reglas del núm. 3 de ese art. 77.

El objetivo que suele ser más buscado en la práctica mediante el cohecho es el dictado de una resolución arbitraria a sabiendas de su injusticia y en un asunto administrativo, que favorecerá a quien satisface la dádiva o a un tercero, por lo que será corriente que el cohecho concurra con el delito de prevaricación del art. 404 del Código Penal, como sucede, por ejemplo, en el supuesto examinado en la sentencia del Tribunal Supremo núm. 77/2014, de 28 de octubre, donde se aprecia esa concurrencia de ambos delitos. En esa resolución se consideró probado que el alcalde recibió como dádiva un piso en propiedad del particular titular de una empresa inmobiliaria con intereses urbanísticos en esa población, a cambio de realizar los actos prevaricadores, que favorecían claramente a esa entidad, mediante dos acuerdos municipales que quedaron subsumidos en el delito de prevaricación, y que supusieron la aprobación de un estudio de detalle contrario al ordenamiento urbanístico aplicable, que beneficiaba claramente a esa empresa que había

practicado el soborno. Para la realización de ese acto, el alcalde contó con la colaboración relevante de la secretaria y del arquitecto municipales, quienes elaboraron los informes jurídicos y técnicos previos favorables para la posterior aprobación de ese instrumento urbanístico sabiendo que eran contrarios a derecho, siendo condenados estos como cooperadores necesarios del delito de prevaricación. El particular, condenado como autor del delito de cohecho activo, respondió también como inductor del delito de prevaricación cometido por el alcalde, pues buscaba el dictado de esas resoluciones injustas mediante el soborno.

Además de la prevaricación genérica hallaremos supuestos en que junto al cohecho concurra la prevaricación urbanística prevista en el art. 320 del Código Penal, pues el objetivo ilícito buscado mediante el soborno será el obtener un informe técnico o jurídico contrario a normativa y favorable al otorgamiento de una licencia o proyecto urbanístico, silenciar una infracción urbanística o tolerarla (art. 320, núm. 1), o bien resolver o votar a favor del otorgamiento de esa licencia o proyecto ilícito (art. 320, núm. 2). También podrá concurrir el delito de cohecho con la prevaricación medioambiental del art. 329 del Código Penal, que establece un régimen muy parecido al de la prevaricación urbanística del citado art. 320, aunque en relación con las licencias de funcionamiento de industrias o actividades contaminantes y el silencio o tolerancia de sus infracciones.

7
Particularidades procesales

La Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (LOTJ) incorpora las distintas modalidades de cohecho dentro de los delitos que han de ser instruidos y enjuiciados conforme a esa Ley, lo cual significa que el juicio oral se celebrará ante el Jurado, órgano que habrá de decidir sobre si se han acreditado o no ante él los distintos elementos de ese delito.

La excepción a esa competencia se dará cuando el delito de cohecho concurra con el delito de prevaricación, lo cual suele ser frecuente, pues el art. 5, apartado 2, de la LOTJ establece que en ningún caso podrá enjuiciarse por conexión el delito de prevaricación. Por tanto, si el cohecho concurre con el delito de prevaricación, lo cual podrá ser normal, se deberá seguir la tramitación ordinaria prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal de las diligencias previas y posterior procedimiento abreviado.

8
Bibliografía

Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7.ª edición, Aranzadi, 2016.

Ramos Rubio, Carlos, "La reforma del delito de cohecho en el Código Penal español", *Estudios jurídicos*, núm. 2011, 2011.

Sánchez Tomás, José Miguel, "Lección 12.ª Cohecho", en Álvarez García, Francisco Javier (dir.), *Tratado de derecho penal español. Parte especial. III*, Tirant lo Blanch, 2013.

III. Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL

La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias

Antoni Bayona Rocamora
Letrado mayor del Parlament de Cataluña

1. Presentación
2. El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas
3. El mapa municipal y las entidades locales de ámbito inferior al municipio
4. La nueva ordenación de las competencias locales
5. Las funciones de coordinación y cooperación provincial sobre los servicios municipales

1 Presentación

La aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL) ha dado lugar a la presentación de diversas impugnaciones ante el Tribunal Constitucional por parte de los órganos legislativos y ejecutivos de las comunidades autónomas, por representantes de varios grupos parlamentarios en el Congreso de los Diputados y por el Defensor del Pueblo, así como de un conflicto

en defensa de la autonomía local promovido directamente por diversos entes locales[1].

Hasta la fecha en que se escribe este artículo, el Tribunal Constitucional solo ha resuelto cuatro recursos mediante las sentencias 41/2016, de 3 de marzo (interpuesto por la Asamblea de Extremadura); 111/2016, de 9 de junio (interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía); 168/2016, de 6 de octubre (interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias) y 180/2016, de 20 de octubre (interpuesto por el Parlamento de Navarra). A pesar de quedar aún pendientes de resolución otros recursos de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local, en estas primeras sentencias el Tribunal avanza ya una doctrina sobre aspectos clave del debate jurídico suscitado por la LRSAL, lo que permite hacer una primera valoración de la misma, sin perjuicio de que esta valoración deba ser confirmada en función del resultado de las impugnaciones pendientes de resolver.

Este primer análisis de la jurisprudencia deberá ser acogido, por tanto, con las necesarias reservas a la espera de los posibles matices que puedan introducir las sentencias que aún resta dictar (que además deberán pronunciarse sobre otros aspectos de la Ley impugnada a los que el Tribunal Constitucional no se ha referido en las sentencias analizadas).

En lo que concierne a las SSTC 41, 111, 168 y 180/2016, el Tribunal Constitucional ha centrado su atención en temas de notable trascendencia constitucional suscitados por la aprobación de la LRSAL, tanto desde la perspectiva del sistema de distribución de competencias legislativas entre el Estado y las comunidades autónomas, como desde la perspectiva del modelo mismo de Administración local y del contenido de la autonomía local. Hay que precisar, sin embargo, que al tratarse de recursos interpuestos por comunidades autónomas, la primera vertiente adquiere necesariamente mayor protagonismo, y parece lógico esperar que el debate constitucional del impacto de la LRSAL sobre el principio de autonomía local sea resuelto principalmente en la sentencia que se dicte en relación con el conflicto en defensa de la autonomía local.

1. En concreto, ocho recursos de inconstitucionalidad formulados por los Gobiernos de las comunidades autónomas de Andalucía, Cataluña y Canarias, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias y por los Parlamentos de Extremadura, Cataluña y Andalucía y el Parlamento Foral de Navarra; un recurso de inconstitucionalidad formulado por representantes de los grupos parlamentarios Socialista, ICV-EUiA, CHA, Izquierda Plural, UPyD y Mixto en el Congreso de los Diputados; un recurso presentado por el Defensor del Pueblo; y un conflicto en defensa de la autonomía local planteado por representantes de más de 2000 municipios.

En cualquier caso, el estudio de las cuatro sentencias dictadas hasta ahora permite hacer una valoración de la LRSAL y de su ajuste constitucional, que hemos ordenado en cuatro bloques principales: a) *el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas sobre la Administración local*; b) *los aspectos relacionados con el mapa municipal y las entidades locales de ámbito inferior al municipio*; c) *la regulación de las competencias de los entes locales*; y d) *las funciones de coordinación y cooperación provincial sobre los servicios locales*.

Ciertamente estos son solo cuatro de los temas analizados en las sentencias constitucionales, entre otros de entidad que son tratados también en las mismas. Sin embargo, la selección temática se justifica por el carácter necesariamente limitado de la presente aportación, y por la voluntad de comentar cómo resuelve el Tribunal el impacto de la LRSAL sobre algunos de los pilares básicos de la articulación del régimen local, más allá de otras medidas más coyunturales que contempla la Ley.

2
El régimen de distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas

• A pesar de que algunos estatutos de autonomía de segunda generación han incorporado determinaciones para acentuar el carácter "intracomunitario" del régimen jurídico de los entes locales, un primer aspecto a destacar de las sentencias dictadas sobre la LRSAL es la reiteración de la doctrina establecida por el Tribunal desde la STC 82/1982, de 21 de diciembre, y reiterada posteriormente respecto al carácter "bifronte" de las relaciones entre los entes locales y el Estado, por un lado, y la comunidad autónoma a la que territorialmente pertenecen, por otro.

Este régimen bifrontal tiene diversas consecuencias, y una de ellas, quizá la más importante, es la de ofrecer un marco regulador de los entes locales "compartido" entre el Estado y las comunidades autónomas, que afecta, con mayor o menor intensidad, a todos los ámbitos que configuran el estatuto jurídico de dichos entes. En la STC 214/1989, de 21 de diciembre, el Tribunal Constitucional consolidó la equivalencia entre la noción de "régimen jurídico" de las Administraciones Públicas que utiliza el artículo 149.1.18 CE, y la de "régimen local" para proyectar la competencia básica estatal sobre todo el marco regulador local.

Las sentencias sobre la LRSAL mantienen ese criterio, y recuerdan que el mismo se justifica por el cometido que tiene el Estado de concretar la

autonomía local constitucionalmente garantizada, para establecer con carácter general el marco definitorio del autogobierno local, y de definir los restantes aspectos de régimen jurídico básico de todos los entes locales, que son, en definitiva, Administraciones Públicas (SSTC 103/2013 y 143/2013).

En cualquier caso, las sentencias sobre la LRSAL consideran que la competencia básica del artículo 149.1.18 CE permite al Estado ejercer la libertad de configurar el contenido de la autonomía local, tanto ampliando las competencias de los entes locales como reduciendo estas competencias al mínimo tolerable, por la garantía institucional que se desprende de la Constitución. Esta doctrina sobre la "flexibilidad" o "bidireccionalidad" de la legislación básica (y por extensión también de la legislación autonómica) supone una novedad, pues el Tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse hasta ahora respecto de una legislación de clara tendencia reductora o, como mínimo, limitadora de algunas competencias tradicionalmente reconocidas a los entes locales. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, pero interesa destacar que el Tribunal no asume ni considera aceptable lo que podría ser definido como teoría de la "cristalización" de las competencias locales, en el sentido de que no sería dado al legislador el poder de revertir el contenido de la autonomía local previamente establecido por él mismo.

- Respecto a la distribución de competencias estatales y autonómicas sobre la Administración local, hay un elemento nuevo e importante a considerar de las sentencias sobre la LRSAL, y que tiene relación con la reforma del artículo 135 CE, que establece y prioriza la aplicación de las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera a todas las Administraciones Públicas, incluidas las locales. En los recursos interpuestos contra la LRSAL, se había argumentado que la aplicación de medidas de esa naturaleza a los entes locales solo podría darse en el marco de la reserva de ley orgánica prevista por el mismo artículo 135 CE, sin que pudieran ampararse tampoco en las competencias estatales de los apartados 13 y 14 del artículo 149.1 CE.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional opta en este caso por una solución más lineal que le permite soslayar este reproche, en el sentido de considerar que las medidas tendentes a introducir criterios de racionalidad económica y estabilidad presupuestaria pueden ampararse también en la competencia básica del artículo 149.1.18 CE, esto es, en la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Según el Tribunal Constitucional, la controversia competencial que plantean los recursos debe insertarse esencialmente en el artículo 149.1.18 CE, sin perjuicio de que algunos preceptos concretos de la LRSAL puedan ser también considerados a la luz del apartado 14 del artículo 149.1 CE (Hacienda general) y en menor medida del apartado 13.

Así, las sentencias de la LRSAL presentan la importante novedad de inscribir en el artículo 149.1.18 CE la competencia estatal para establecer normas básicas locales derivadas del artículo 135 CE, más allá de las previstas en la Ley Orgánica a que remite este precepto constitucional (Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera). El Tribunal entiende que de la reserva de ley orgánica del artículo 135 no cabe deducir una interpretación restrictiva, en cuya virtud cualesquiera medidas destinadas al ahorro en el gasto público deban quedar incluidas en dicha reserva. Esta premisa permite al Tribunal desconectar este tipo de medidas de la reserva de ley orgánica y reconducirlas a la competencia general del artículo 149.1.18 CE, advirtiendo que ello también supone que las comunidades autónomas puedan dictar normas de este mismo tipo en ejercicio de sus competencias en materia local. Pero es evidente también que esta jurisprudencia introduce un nuevo ámbito material hasta ahora no contemplado dentro de las bases del artículo 149.1.18 CE, lo que inevitablemente repercute sobre el espacio de actuación autonómico, restringiendo su contenido de una forma que no existía antes de la aprobación de la LRSAL.

La jurisprudencia ha dado un paso más, con ocasión del enjuiciamiento de la LRSAL, en la dirección expansiva que ya se había dado progresivamente sobre el alcance material de la competencia de "régimen jurídico" del artículo 149.1.18 CE. Si con la Sentencia 214/1989 ya se consolidó el paralelismo entre aquella expresión y el estatuto jurídico que rige sobre la Administración local, considerado en todas sus diferentes submaterias, las nuevas sentencias añaden ahora al artículo 149.1.18 CE un nuevo haz de facultades básicas, definidas por el criterio finalista de garantizar en el ámbito local los requerimientos derivados de la estabilidad presupuestaria y estabilidad financiera. Se establece así una conexión directa entre esta competencia básica y el artículo 135 CE, que va más allá de las reglas estrictas del reparto competencial y de los mecanismos que el artículo 135 CE establece específicamente para su aplicación.

3
El mapa municipal y las entidades locales de ámbito inferior al municipio

- La LRSAL ha tenido un notable impacto sobre las competencias de las comunidades autónomas relativas a la definición del mapa municipal (alteración de los términos municipales y, especialmente, creación de nuevos municipios y fusión de los mismos) y a la regulación de las entidades locales de ámbito

territorial inferior al municipio ("entidades municipales descentralizadas" en la terminología utilizada por algunas leyes autonómicas).

En ambos casos, la regulación originaria de la Ley de Bases del Régimen Local (artículos 13 y 45 respectivamente) bien podía calificarse de legislación marco o "principial", en el sentido de que consentía a las comunidades autónomas el ejercicio de una capacidad de opción legislativa especialmente amplia. Esta regulación básica inicial era claramente tributaria de la previsión establecida en el artículo 148.2 CE, que considera la alteración de los términos municipales como una competencia esencialmente autonómica, posteriormente confirmada por el tratamiento específico como competencia "exclusiva" que recibe en buena parte de los estatutos de autonomía.

Como es fácil deducir, la competencia sobre el mapa municipal y sobre la regulación de la organización territorial inframunicipal incorpora un potencial espacio de decisión, que se proyecta sobre todo en la capacidad de determinar el modelo municipal sobre el cual se organiza territorialmente la propia comunidad autónoma. Aunque en España no han tenido especial predicamento los planteamientos de reforma municipal tendentes a simplificar el número de municipios existentes, y a articular nuevas unidades municipales por vía de fusión, no hay que olvidar que algunas leyes autonómicas habían contemplado esta hipótesis sin haber planteado problemas competenciales. La alteración de los términos municipales no es un concepto limitado a las modificaciones singulares o particulares, sino que puede contemplarse también desde la perspectiva de una reforma más general del mapa municipal, al menos potencialmente. Al mismo tiempo, es pertinente establecer una relación directa entre el control del mapa municipal y la organización inframunicipal, pues existe una evidente conexión entre ambos que puede acentuarse en función de cómo se aborde la definición del mapa municipal (por ejemplo, utilizando las entidades locales de ámbito inferior al municipio como fórmulas de descentralización en el caso de fusión de municipios).

La LRSAL ha alterado este marco legal originario de la LBRL, estableciendo importantes límites a la capacidad de decisión sobre el mapa municipal y reformulando el propio concepto de descentralización municipal. Además, en el caso del mapa municipal se introducen también medidas de fomento para incentivar la fusión voluntaria de municipios, introduciendo con ello elementos propios de una competencia de ejecución en un ámbito en el que la intervención del Estado debería limitarse, *a priori*, al plano estrictamente normativo.

El Tribunal Constitucional ha aceptado esta nueva regulación básica, utilizando para ello el concepto clásico del título competencial sobre las

bases del régimen local y añadiendo al mismo, en los términos antes expuestos, la capacidad de incluir bases cuya finalidad sea la de garantizar la sostenibilidad financiera de los municipios. Según el Tribunal, la competencia básica estatal, entendida sobre todo bajo la última perspectiva mencionada, habilita para establecer nuevos límites a la creación de municipios, con el fin de asegurar que los municipios afectados por una modificación resulten viables económicamente, así como para establecer un mínimo de población objetivo (5000 habitantes).

Más allá del elemento coyuntural bajo el que actúa la LRSAL (racionalización y sostenibilidad de la Administración local), el Tribunal recuerda la doctrina establecida en la STC 103/2013, que ya había anticipado que la competencia del artículo 149.1.18 CE permite al Estado regular un modelo municipal "común", siendo por tanto una opción posible, pero no la única, la de haber dejado a las comunidades autónomas un amplio margen de decisión sobre el mapa municipal, como hizo el legislador básico en el año 1985. Dentro de estas coordenadas, las sentencias sobre la LRSAL consideran que aún continúa existiendo un amplio espacio para el desarrollo autonómico de políticas propias, y que la nueva regulación sigue optando en este punto por no establecer un modelo municipal territorial de carácter general.

Ciertamente, y habida cuenta del amplio margen de actuación concedido a las comunidades autónomas por la legislación básica anterior a la LRSAL, puede convenirse en que aún existe en esta materia un amplio margen para la decisión autonómica. En este sentido también hay que destacar que algunas leyes autonómicas ya habían introducido límites poblacionales para la creación de nuevos municipios con anterioridad a la LRSAL, y contemplado también la exigencia de la viabilidad económica y financiera de los municipios afectados por una modificación de sus términos, especialmente en el caso de segregación para crear un nuevo municipio.

Sin embargo, resulta más discutible la previsión en la LRSAL de medidas de fomento para la fusión de municipios, no tanto porque esas medidas puedan tener su origen en fondos estatales, sino por el hecho de que el Estado establezca y consigne subvenciones en sus presupuestos y especifique y regule sus condiciones esenciales de otorgamiento. Aunque el Tribunal ampara estas determinaciones de la LRSAL en su jurisprudencia anterior sobre las medidas de fomento, no parece evidente que se respete, en este caso, la doctrina "gradual" que sobre el uso de estas medidas en función de cada tipología competencial el propio Tribunal quiso establecer como criterio general en la importante STC 13/1992.

- Con todo, el impacto de la LRSAL ha sido más grande aún en lo que concierne a la configuración de las entidades locales de ámbito territorial

inferior al municipio. En este caso, la opción del legislador ha sido la de eliminar este tipo de entidades locales y transformarlas en estructuras desconcentradas del municipio, siempre que esta fórmula resulte más eficiente para la administración de núcleos separados de población (artículo 24 bis LBRL). Con esta medida desaparecen estas entidades locales de ámbito inferior al municipio y se reconvierten al modelo de gestión desconcentrada ya previsto en la LBRL originaria (artículo 24). Esta medida no tiene, además, un alcance pro futuro, sino que proyecta sus efectos sobre las entidades ya existentes, cuya continuidad dependerá del resultado de sus cuentas en los términos establecidos en la disposición transitoria cuarta de la LRSAL. A pesar de que el redactado del artículo 24 LBRL ya permite incluir en su ámbito la organización municipal desconcentrada sobre núcleos de población separados, el nuevo artículo 24 bis contempla ahora de forma más específica este supuesto, y precisa que estos órganos carecerán de personalidad jurídica. Esta es pues la diferencia conceptual más importante respecto de las entidades municipales descentralizadas que antes de la LRSAL tenían la condición de entidades locales, de acuerdo con los artículos 3.2.a) y 45 LBRL, actualmente suprimidos por la LRSAL.

Aunque puedan existir motivos que justifiquen una actuación normativa sobre este tipo de entes con fundamento en criterios económicos y, más concretamente, de sostenibilidad financiera, la opción legislativa adoptada aparece como sumamente drástica, y no hay duda de que afecta directamente a las competencias autonómicas reconocidas de forma especialmente amplia en la propia LBRL (antes de la reforma introducida por la LRSAL) y en los estatutos de autonomía, sobre la creación y regulación de las entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio. Sin embargo, este dato parece no tener especial significación para el Tribunal Constitucional, cuando considera que la LRSAL solo ha introducido un cambio relativo a la "subjetividad" de estas estructuras locales, de modo que el legislador básico no ha ocupado un espacio normativo mayor, sino solo modificado el sentido político de su regulación, cambio que puede justificarse por la necesidad de que los municipios aseguren ahora en términos de jerarquía el cumplimiento de los objetivos de eficiencia, eficacia y estabilidad presupuestaria, que el legislador estatal presupone que no pueden quedar suficientemente garantizados en manos de órganos dotados de especial autonomía, como son las entidades municipales descentralizadas.

Parece obvio que, bajo este planteamiento, trasluce una filosofía del legislador de clara desconfianza hacia los entes municipales descentralizados, en lo que afecta a su desempeño económico y presupuestario. Esta desconfianza llega hasta el punto, como se ha dicho, de condicionar la continuidad

de las entidades ya constituidas, si no presentan sus cuentas según lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, debiendo en este caso la comunidad autónoma proceder a su disolución.

El Tribunal Constitucional quiere relativizar este último requerimiento, con el argumento de que el Estado no ha disuelto "directamente" ninguna entidad local menor. Sin embargo, parece obvio que la combinación entre la medida de supresión de la tipología misma de las entidades locales de ámbito inferior al municipio y el establecimiento de un procedimiento de disolución *ad hoc* de las ya constituidas, mal se compadece con el respeto a las competencias autonómicas reconocidas sobre un tipo de entes sobre los cuales el legislador básico había reconocido, hasta la LRSAL, un amplio margen regulatorio, asociado a las competencias autonómicas atribuidas por los estatutos y también al componente de organización territorial propia que tiene esta materia. Problema que no resuelve, desde luego, la tacha de inconstitucionalidad limitada que el Tribunal hace a la disposición transitoria cuarta de la LRSAL, en el sentido de que el legislador estatal no puede llegar a determinar qué órgano autonómico debe adoptar, en su caso, el acuerdo de disolución, pues eso ya corresponde a la potestad de autoorganización de la comunidad autónoma.

Como resulta evidente, esa observación de inconstitucionalidad es de alcance menor y no impide que la LRSAL, bajo un entendimiento especialmente expansivo de la competencia básica del artículo 149.1.18 CE, desapodere en la práctica a las comunidades autónomas de un espacio competencial consolidado durante muchos años, utilizando en este caso el "nuevo" contenido básico que el Tribunal Constitucional infiere del artículo 149.1.18 CE, que permite incluir en este título competencial el establecimiento de criterios de racionalidad económica y estabilidad presupuestaria.

- En relación con la organización local establecida en los estatutos de autonomía, hay que hacer dos precisiones adicionales que se desprenden de la jurisprudencia constitucional sobre la LRSAL, que en este caso derivan explícitamente de las SSTC 168/2016, de 6 de octubre, y 180/2016, de 20 de octubre.

En estas dos sentencias el Tribunal analiza la constitucionalidad del artículo 24 bis LBRL, relativo a las entidades municipales descentralizadas, desde la perspectiva de su posible colisión con normas estatutarias que reconocen a estos entes personalidad jurídica propia, o características de entidad local menor, incompatibles con la nueva fórmula "desconcentrada" establecida por la LRSAL. El Tribunal Constitucional resuelve esta cuestión de forma poco convincente y discutible, utilizando para ello un argumento claramente "devaluador" de la función institucional que corresponde a los

estatutos. Este argumento se basa en la doctrina establecida en la STC 31/2010 (dictada en relación con el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006), según la cual los estatutos pueden contener las "líneas" fundamentales del régimen local en el ámbito de la comunidad autónoma, pero solo para "vincular al legislador autonómico", y respetando en todo caso la competencia estatal del artículo 149.1.18 CE. Esta lectura lleva a la conclusión de que "una norma estatutaria no puede funcionar como límite al ejercicio de la competencia constitucionalmente atribuida al Estado en esta materia", y, en consecuencia, no puede impedir que el Estado reforme sus bases, aunque esta reforma entre en contradicción con las previsiones estatutarias, como sería el caso del Estatuto del Principado de Asturias, que reconoce expresamente la personalidad jurídica de sus "parroquias rurales" (STC 168/2016). Como es fácil deducir, esta doctrina anula el valor de los estatutos de autonomía como normas con capacidad para completar el régimen de distribución de competencias, en aplicación y desarrollo de la Constitución. Esta tarea queda así acotada a las cláusulas constitucionales y la interpretación que de las mismas realice el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, el Tribunal no aplica esta misma doctrina en el caso de Navarra (STC 180/2016), pues considera que el régimen municipal de consejos y entidades locales propio de esta Comunidad forma parte de una especialidad "histórica" actualizada por la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA). La aplicación de la doctrina de los derechos históricos permite al Tribunal considerar inaplicable en este caso el artículo 24 bis (sin necesidad de declararlo inconstitucional) mediante el argumento de que la disposición adicional tercera de la LBRL (texto originario de 1985) ya establecía que la ley básica regirá en Navarra en lo que no se oponga al régimen que para su Administración local establece el artículo 46 de la LORAFNA. En la medida en que esta disposición continúa vigente, el Tribunal entiende que también resulta aplicable a los preceptos de la LBRL que han sido objeto de reforma por la LRSAL.

- Un último aspecto a destacar se refiere a las dudas suscitadas por la disposición adicional sexta de la LRSAL sobre la conciliación de sus previsiones con el papel que pueden desarrollar las comarcas, en aquellas comunidades autónomas cuyos estatutos atribuyen expresamente a estos entes locales la gestión de servicios supramunicipales. Habida cuenta de que muchos estatutos regulan las comarcas sin hacer referencia a esta función en concreto, el Tribunal considera necesario hacer una interpretación de la LRSAL, en el sentido de que la configuración estatutaria de las comarcas como entes locales intermedios ya implica de por sí que puedan llevar a

cabo una gestión de servicios supramunicipales, con lo cual, lo que resulta determinante en este caso es que los estatutos tengan expresamente prevista una organización comarcal en su territorio.

Esta interpretación conforme de la disposición adicional sexta de la LRSAL es importante, porque permite deducir que la reforma realizada por la LRSAL deja un espacio considerable al legislador autonómico para "ajustar", a las características de su propia organización local supramunicipal, el ejercicio de las competencias de gestión de servicios supramunicipales y de coordinación de los propios servicios municipales. Con ello nos estamos refiriendo especialmente al papel que pueden desarrollar las comarcas y las diputaciones.

4
La nueva ordenación de las competencias locales

• La LBRL, en su versión originaria de 1985, había establecido un marco especialmente amplio y flexible en lo que atañe al reconocimiento y la atribución de competencias locales, especialmente en el ámbito municipal. Este marco se articulaba esencialmente sobre la atribución de competencias propias por la ley sectorial (estatal o autonómica), por las competencias delegadas y, finalmente, mediante cláusulas generales habilitantes para promover cualesquiera actividades y servicios relacionados con las necesidades o aspiraciones de la comunidad vecinal.

Entre esta diversa tipología competencial adquieren especial relevancia las competencias propias, pues son las que la misma LBRL garantiza que se ejerzan en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad del ente local, siendo por tanto la expresión más directa de la garantía institucional de la autonomía local en lo que afecta a su contenido material. Por otra parte, no hay duda de que el reconocimiento a los municipios de cláusulas generales de apoderamiento para promover servicios y actividades adicionales a las competencias propias, indicaba una voluntad clara del legislador de no acotar las competencias municipales a los estrictos términos de su habilitación expresa por la ley sectorial.

La LRSAL ha incidido sobre este esquema competencial mediante diversas medidas de reforma de la LBRL, cuyo efecto final supone una notable limitación de las competencias municipales, limitación que opera sobre todo en las cláusulas generales habilitantes (artículos 25.1 y 28) y en los ámbitos materiales en los que las leyes sectoriales pueden reconocer competencias propias a los municipios. De acuerdo con la filosofía general que

inspira la LRSAL, estas medidas se justifican por la necesidad de ajustar la ordenación de las competencias locales a los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, de acuerdo con los recursos disponibles.

- En relación con las competencias propias, el Tribunal recuerda en primer lugar la validez del sistema de atribución "mixto" (por ley sectorial estatal o por ley autonómica) establecido en la STC 214/1989. Este sistema permite al Estado en ejercicio de su competencia básica sobre régimen local (art. 149.1.18 CE) indicar los ámbitos materiales que configuran la garantía constitucional de la autonomía local sobre los cuales las leyes reguladoras de los distintos sectores de acción pública, de acuerdo con la distribución constitucional y estatutaria de competencias, deberán reconocer potestades de actuación local. Según este esquema, la competencia básica *ex* artículo 149.1.18 CE ampara la definición de este elenco de materias o sectores, mientras que la determinación concreta de las competencias locales dependerá ya del legislador competente sobre dicha materia o sector (estatal o autonómico).

El problema que suscita la LRSAL es la constricción de esa garantía constitucional de las competencias locales, como consecuencia de la reducción o supresión de algunas materias incluidas en el listado original del artículo 25.2 LBRL. Esta omisión tiene un valor muy relativo en sí mismo, al continuar redactado este precepto en sentido abierto y no tasado, manteniéndose el inciso "en todo caso" de la redacción original. Y lo mismo puede decirse de los servicios mínimos municipales del artículo 26 LBRL (reconducibles a la categoría de competencias propias), cuya obligatoriedad de prestación tampoco es tasada y que son susceptibles, por tanto, de ampliación por el legislador autonómico. El problema se suscita por el hecho de que algunas de las materias inicialmente listadas no solo han desaparecido del nuevo artículo 25.2 LBRL, sino que tienen una contramedida en la propia LRSAL, mediante su atribución expresa a las comunidades autónomas y la consiguiente prohibición de ser consideradas como competencias locales. Esto es lo que ocurre con las competencias sobre asistencia social, atención primaria, y la inspección y control sanitario de mataderos, industrias alimentarias y bebidas, de acuerdo con lo dispuesto, respectivamente, en las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la LRSAL.

El Tribunal Constitucional aborda y resuelve esta cuestión considerando en primer lugar que la desaparición, en la nueva redacción dada al artículo 25.2 LBRL por la LRSAL, de algunas materias recogidas en la anterior, no puede considerarse contraria a la garantía constitucional de la autonomía local, pues esto solo significa que el legislador no está obligado ahora a reconocer competencias en estos ámbitos, pero sin que ello excluya tal

posibilidad, pues el legislador sectorial competente según la materia conserva la capacidad de distribuir "poder local" en esos ámbitos. Sin embargo, es necesario precisar que, para que esto sea posible, el legislador quedará ahora vinculado al cumplimiento de las exigencias introducidas en el artículo 25 por el reformulado apartado 3 y los nuevos apartados 4 y 5. Estas exigencias incluyen la necesidad de evaluar la conveniencia de la atribución competencial atendiendo a los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, de traducir esa evaluación en una memoria económica, de asegurar la dotación de recursos necesarios, de no generar un mayor gasto público, y de garantizar en todo caso que el reconocimiento de la competencia local no produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública. El Tribunal Constitucional considera que esta regulación más estricta no es censurable, ya que se trata de una opción política del legislador básico que quiere evitar que se atribuyan competencias propias mediante cláusulas generales, abiertas o indeterminadas, o que se atribuyan competencias sin sopesar previamente el impacto económico que puede implicar la atribución de una nueva responsabilidad local.

Como puede fácilmente deducirse, el Tribunal Constitucional quiere evitar una posible interpretación de las competencias municipales propias del artículo 25.2, en el sentido de que las mismas solo pueden reconocerse en los ámbitos que enumera de forma expresa. Sin embargo, aunque esa lectura queda neutralizada por la STC 41/2016, también es cierto que la LRSAL traslada ahora al legislador sectorial la carga de cumplir con unos requisitos anteriormente inexistentes. Es más, esta carga no solo opera en materias no incluidas en el listado del artículo 25.2 LBRL, sino también en las que se mencionan expresamente en el mismo. Cuestión distinta es la dificultad de constatar el efectivo cumplimiento de las exigencias impuestas por los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25, tratándose, como se trata, de una actuación legislativa.

La doctrina anterior lleva al Tribunal Constitucional a declarar, en la misma STC 41/2016, la inconstitucionalidad de las disposiciones transitorias de la LRSAL antes mencionadas, y también de la disposición adicional undécima, directamente ligada a las dos transitorias, no tanto por el hecho de reconocer que competencias anteriormente locales pasan a ser ahora autonómicas, cuanto por la imposibilidad de poderlas "devolver" a los entes locales, si así lo quiere el legislador autonómico y se cumple con las exigencias de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 LBRL. Esta declaración parece del todo coherente con la interpretación dada al artículo 25.2 LBRL, y con el principio de que el Estado no puede establecer un *numerus clausus* de competencias locales propias, en ámbitos materiales o sectores sobre los

cuales las comunidades autónomas dispongan de competencias legislativas. El Tribunal Constitucional es muy claro sobre este principio, al declarar que el Estado solo puede prohibir que se desarrollen competencias en el nivel local cuando disponga de la competencia en la materia de que se trate, al mismo tiempo que solo las comunidades autónomas pueden atribuir competencias, o prohibir que se desarrollen en el nivel local, en las materias de su competencia.

- En el ámbito local y sobre todo en el nivel municipal, se han reconocido tradicionalmente cláusulas generales habilitantes para que los municipios, además de las competencias propias atribuidas específicamente por la ley, puedan promover actividades o servicios en beneficio de sus vecinos. Este tipo de cláusula genérica también la reconoce la Carta Europea de la Autonomía Local en su artículo 4.1, cuando declara que las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad. Obsérvese que el concepto "dentro del ámbito de la ley" no es equivalente al de "atribuido por ley", lo que permite apreciar la voluntad de dotar a los entes locales de una capacidad general de actuación, siempre que no vaya contra la ley o se incurra en un supuesto de incompetencia como los dos expresados.

La LRSAL no ha eliminado esta capacidad de actuación, pero sí que la ha limitado notablemente con la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 25 y la supresión del artículo 28 LBRL. Estos dos preceptos reconocían cláusulas habilitantes especialmente abiertas, que desaparecen con la LRSAL. Sin embargo, su desaparición no es absoluta en la medida en que el artículo 7.4 LBRL, modificado por la LRSAL, admite la posibilidad de que las entidades locales puedan ejercer competencias "distintas de las propias y de las atribuidas por delegación", cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública. Para verificar que se cumplen estos requerimientos, la ley exige los informes preceptivos y vinculantes de la Administración competente en la materia, y de la que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias.

Parece evidente que la sujeción de estas competencias "impropias" a los referidos informes vinculantes supone que su posibilidad de ejercicio pasa a depender *de facto* de la voluntad de otras Administraciones, lo que debilita notablemente la garantía de ese poder de actuación local, y sobre

todo el componente de libre ejercicio del mismo al que alude la Carta Europea de la Autonomía Local. Sin embargo, el Tribunal soslaya esta posible recriminación en la STC 41/2016, considerando que en un modelo básico que ya atribuye directamente determinadas competencias a los entes locales (los servicios mínimos del artículo 26 LBRL) y que permite a las leyes sectoriales atribuir específicamente competencias propias, o incluso obliga a que lo hagan "en todo caso", en determinados ámbitos materiales (los incluidos en el artículo 25.2 LBRL), no puede apreciarse una vulneración de la autonomía local, pues parece evidente que el supuesto que contempla el artículo 7.4 LBRL no puede reconducirse a ámbitos o sectores en los que concurran intereses locales de especial "intensidad".

El Tribunal parece establecer, en este punto, un criterio de "irrelevancia" de este potencial ámbito de actuación a los efectos de la garantía institucional de los entes locales, presumiendo que las competencias propias de los artículos 25.2 y 26 LBRL ya cumplen esta función de garantía institucional básica. Sin embargo, esta interpretación no parece demasiado convincente, porque supone admitir en la práctica la desaparición o anulación de un poder autónomo local de actuación considerado necesario y justificado, por ser el municipio la entidad local básica que debe procurar, en primera instancia, la satisfacción de las necesidades y aspiraciones de la comunidad que lo integra.

- Respecto de las competencias delegadas, la LRSAL también ha introducido nuevos condicionantes en el artículo 27 LBRL que, en palabras del Tribunal Constitucional, añaden a la lógica inicial de permitir una mayor descentralización de servicios cuando puedan existir intereses locales involucrados otra nueva, como es la utilización de esta técnica como mecanismo de reducción de costes en la gestión de competencias autonómicas y estatales, garantizando al mismo tiempo la suficiencia financiera del municipio.

El Tribunal no hace objeción alguna a la nueva regulación, y es difícil hacerlo, porque la LRSAL refuerza un punto débil de la delegación, como es que la misma se produzca en las condiciones adecuadas para que la competencia sea ejercida sin menoscabo de los recursos y medios locales, y que la aplicación de esta técnica responda a una decisión planificada y de mejora de la gestión pública.

Ahora bien, esto no supone ignorar que la técnica de la delegación no es un elemento nuclear de la garantía de la autonomía local, pues presupone que la titularidad de la competencia continúa siendo de otra Administración, y ello conlleva someter el ejercicio local de estas competencias a la dirección y el control de la Administración delegante. Las competencias delegadas no son un instrumento de atribución competencial que pueda dar cumplimiento

a la garantía "material" de la autonomía local, ni pueden ser tampoco un sustituto o una alternativa a las categorías competenciales que presuponen la titularidad local de la competencia y su libertad de ejercicio. Es importante hacer esta precisión en coherencia con lo que antes se ha dicho sobre las competencias propias, y especialmente sobre la reformulación efectuada por la LRSAL de las cláusulas competenciales de habilitación general.

5
Las funciones de coordinación y cooperación provincial sobre los servicios municipales

• El artículo 26 LBRL establece los servicios mínimos que deben prestar los municipios, atendiendo al rango de población que el mismo precepto determina. Estos servicios deben ser considerados como competencias propias municipales, como se deduce del carácter obligatorio de su prestación. En este caso, es la propia LBRL la que atribuye la competencia local de forma directa, a diferencia de lo que ocurre con las competencias propias del artículo 25.2 LBRL, en que la atribución competencial completa y concreta requiere la actuación complementaria del legislador sectorial. Las competencias relativas a los servicios mínimos guardan también una estrecha conexión con la función municipal de garantizar a la comunidad vecinal los servicios básicos, lo que tiene su correlato en el derecho de estos vecinos a exigir la prestación o, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio.

El apartado 2 del artículo 26 encarga a la diputación o entidad equivalente la coordinación de los servicios más importantes mencionados en el apartado 1 del mismo precepto respecto de los municipios con población inferior a los 20 000 habitantes. Esta función de coordinación puede consistir en la prestación directa de los servicios por la diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas de cooperación. No hay duda alguna de que la coordinación provincial incide de lleno sobre competencias municipales que configuran el "núcleo duro" del contenido material de la autonomía municipal. Aunque, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia constitucional, la función de coordinación supramunicipal no resulta incompatible con la gestión autónoma de las competencias, no hay duda alguna de que los instrumentos de coordinación, según cómo se establezcan y definan, pueden incidir de forma relevante sobre aquella.

Este problema se hacía especialmente patente en el proyecto de la LRSAL, cuando amparaba bajo la coordinación una subrogación "de facto"

por las diputaciones en la gestión de los servicios mínimos de los municipios de población inferior a los 20 000 habitantes. Sin embargo, ese planteamiento fue corregido, y el apartado 2 del artículo 26 LBRL precisa claramente que la coordinación provincial deberá hacerse en todo caso "con la conformidad de los municipios afectados". El Tribunal Constitucional valora de forma especial esta garantía cuando en la STC 111/2016, de 9 de junio, afirma textualmente que las técnicas de coordinación previstas por el artículo 26.2 LBRL no ponen en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada, "habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas". En este sentido, la sentencia enfatiza el carácter voluntario de la coordinación, y establece una conexión directa con la competencia provincial reconocida en el artículo 36.1.*h*) LBRL, cuyo tenor tampoco arroja dudas sobre el carácter voluntario o consentido de estas fórmulas de coordinación.

Estas consideraciones permiten al Tribunal avalar, desde el punto de vista constitucional, la cooperación provincial en la prestación de los servicios municipales, tanto de forma directa como por medio de fórmulas de gestión compartida; aunque es necesario destacar la advertencia que hace la sentencia respecto de los planes o instrumentos en que se pueda concretar la coordinación de los servicios, en el sentido de que no puede excluirse en abstracto que esos planes puedan llegar a diseñar instrumentos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de la autonomía local. Aunque el Tribunal no es muy explícito en este punto, parece que la voluntad que quiere expresar es que los planes de cooperación no pueden ser elaborados de forma que condicionen "de facto" el principio de voluntariedad, o, dicho de otra manera, que vengan a desvirtuar materialmente la exigencia de "conformidad" municipal que el precepto impone. El Tribunal advierte de ese riesgo y reconduce el problema al plan provincial y no a la ley, sin que ello repercuta por tanto sobre la constitucionalidad del artículo 26.2 LBRL.

Pero, para el Tribunal, este precepto plantea un problema constitucional de otra índole, que afecta a las competencias de las comunidades autónomas, ya que prevé la intervención de la Administración del Estado en el ejercicio de la función de coordinación provincial. El artículo 26.2 LBRL establece que la diputación debe proponer al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas la forma de prestación de los servicios, y que este "decidirá" sobre la propuesta formulada, que deberá contar, además, con el informe preceptivo de la comunidad autónoma, si es la Administración que ejerce la tutela financiera. El Tribunal Constitucional considera que la intervención estatal tiene naturaleza ejecutiva, y constata que esta clase de competencia

la tienen atribuida las comunidades autónomas tanto respecto de los servicios afectados como respecto de la competencia sobre régimen local. En consecuencia, la considera inconstitucional.

El problema derivado que esta "depuración" parcial del precepto suscita es que el artículo 26.2 LBRL no establece ahora ningún condicionante sobre la actuación de las diputaciones, pues la anulación de las referencias al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas no implica su sustitución automática por la intervención de un órgano autonómico equivalente. Así se desprende de la STC 168/2016, de 6 de octubre [FJ 5.*a*)], cuando el mismo Tribunal reproduce el tenor literal del precepto tal y como ha quedado después de la STC 111/2016. Esto no significa, sin embargo, que el legislador autonómico no pueda reintroducir este condicionante en ejercicio de sus competencias, pues la inconstitucionalidad apreciada no lo es por la intervención en sí misma, sino por la Administración competente para ejercerla.

- El artículo 36.2.a) LBRL regula los planes provinciales de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal, que constituyen uno de los instrumentos básicos del ejercicio de la función de cooperación y coordinación provincial, y también uno de los más importantes. Estos planes cuentan con una gran tradición en el ámbito local, y no se trata, pues, de ninguna novedad. Su finalidad es la de programar la actuación provincial con carácter anual a los efectos del ejercicio de las funciones de coordinación de los servicios municipales, de la asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, y de la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal, y, en su caso, el fomento y la coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios.

Como reconoce la STC 111/2016, los planes provinciales de cooperación se incardinan en el núcleo funcional característico de las diputaciones, en cuanto entidades determinadas por la agrupación de municipios, diseñadas especialmente para cooperar con los municipios y garantizar en última instancia por esa vía la prestación de los servicios municipales. El Tribunal añade ahora que esta función provincial sirve también para garantizar objetivos constitucionales indeclinables, como son los de eficiencia en el uso de los recursos públicos y estabilidad presupuestaria, como norma de conducta impuesta a los poderes públicos por la reforma del artículo 135.2 CE.

Dicho esto, la reforma del artículo 36.2 *a*) LBRL realizada por la LRSAL ha introducido un nuevo párrafo (segundo), de acuerdo con el cual, cuando la diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial "fórmulas de prestación unificada o supramunicipal" para reducir dichos costes.

Este nuevo párrafo introduce en el plan provincial de cooperación un elemento que puede llevar a su límite el concepto de coordinación, puesto que las fórmulas de prestación unificada o supramunicipal pueden ser entendidas como una sustracción de la capacidad de decisión propia y autónoma de los municipios, según cómo se articulen. El Tribunal Constitucional es consciente de este problema, y admite que el artículo 36.2.*a*) LBRL no predetermina de forma suficientemente clara la competencia provincial atribuida, ni precisa los detalles que pudieran garantizar que las fórmulas de gestión "unificada" que efectivamente se impongan asegurarán al ayuntamiento márgenes decisorios correlativos a la intensidad de los intereses municipales implicados. Y esta indeterminación podría llevar, según el propio Tribunal, a que la coordinación establecida por las diputaciones al aprobar los planes se concrete en el ejercicio de facultades "virtualmente autoatribuidas", es decir, a que el alcance del "cierto poder de dirección" que implica la coordinación sea decidido por la propia diputación.

Esta interpretación no toleraría, según la jurisprudencia constitucional, el contraste con los artículos 137 y 140 CE, pues significaría que el párrafo segundo del artículo 35.2.*a*) LBRL atribuiría por sí unas facultades de coordinación cuyo concreto alcance es libre de fijar la propia diputación, a través de sus planes de cooperación. Sin embargo, el Tribunal entiende que este resultado no deriva necesariamente del precepto, y que caben otras interpretaciones compatibles con la autonomía local, motivo por el cual entiende que cabe una interpretación conforme a la Constitución, y decide llevarla a fallo.

Más allá de esta interpretación conforme, es importante destacar que el Tribunal ofrece una solución para paliar la indeterminación que ofrece el párrafo segundo del artículo 36.2.*a*) LBRL, remitiendo al efecto a la legislación autonómica para que concrete el alcance de esta norma básica, de manera que por esta vía se establezcan los límites de las facultades provinciales. En realidad, el Tribunal Constitucional está llamando a una intervención legislativa de garantía que resultaría no solo conveniente, sino incluso necesaria, porque entiende que el precepto "precisa de complementos normativos" que, en todo caso, deben dejar márgenes de participación a los municipios.

En cualquier caso, es evidente que la inclusión en los planes provinciales de cooperación de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal suscita un problema de índole constitucional, correctamente apuntado por el Tribunal, que las diputaciones deben tener especialmente en cuenta en el momento de confeccionar sus planes, a fin de no incurrir en la situación denunciada en la STC 111/2016, y evitar una impugnación de los propios

planes por este motivo. Al mismo tiempo puede desprenderse de la sentencia un mandato dirigido al legislador autonómico para que, por vía normativa, desarrolle y concrete el precepto básico en unos términos que aseguren la interpretación conforme a la Constitución, para garantizar la autonomía municipal en el sentido que indica la misma sentencia. Se está llamando así a una intervención normativa autonómica, que establezca un equilibrio entre el poder de dirección inherente a la facultad de coordinación y la necesidad de que las directrices o fórmulas resultantes del ejercicio de esta facultad respeten unos márgenes mínimos de participación municipal.

IV.
Crónica de jurisprudencia

Crónica de jurisprudencia (de 9 de junio a 31 de diciembre de 2016)

Antonio Descalzo González
Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2016, de 9 de junio, sobre el recurso de inconstitucionalidad del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra distintos preceptos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

Antecedentes

Recurso de inconstitucionalidad del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía, contra los apartados 2, 3, 5, 7, 8, 9, 13, 17, 18, 19, 21, 30, 31, 36 y 38 del art. 1, el art. 2.2 y las disposiciones adicionales octava, undécima y decimoquinta, transitorias primera a cuarta y final primera de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, por vulneración de las competencias autonómicas, la autonomía financiera de las comunidades autónomas (art. 156 CE), la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), el principio de lealtad institucional y otros preceptos constitucionales (arts. 135.5 y 23, en conexión con arts. 1.1 y 9.2).

Ponente: don Antonio Narváez Rodríguez.

Extracto de doctrina

[...]

4. Comenzando por las impugnaciones agrupadas en el primer bloque, la Junta de Andalucía recurre la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el art. 1.36 de la Ley 27/2013, sobre "redimensionamiento del sector público local".

La disposición controvertida incluye una regulación amplia y compleja que puede reducirse a dos órdenes de previsiones. Hay, por un lado, medidas coyunturales que, en resumen, obligan que, a determinada fecha, estén disueltas entidades instrumentales dependientes de Administraciones locales que han sido incapaces de corregir su situación de desequilibrio financiero; de otro modo, la supresión se produce automáticamente por ministerio de la ley (apartados 2 y 4). Por otro lado, hay normas generales destinadas a asegurar que las corporaciones locales en situación de déficit presupuestario no creen entidades instrumentales (apartados 1 y 3). Según la Junta de Andalucía, al referirse al principio de estabilidad financiera, semejantes previsiones solo podrían establecerse mediante ley orgánica. Al carecer de ese rango, la nueva disposición adicional novena LBRL vulneraría la reserva de ley establecida en el art. 135.5 CE.

La disolución de entidades instrumentales se produce antes de una fecha determinada por acuerdo de la entidad local o por ministerio de la ley. Se trata, pues, de una medida coyuntural, que, en cuanto tal, queda al margen del desarrollo orgánico del principio de estabilidad presupuestaria que exige el art. 135.5 CE. A su vez, las limitaciones establecidas con carácter general a la creación de entidades instrumentales, no por estar vinculadas a las exigencias de estabilidad presupuestaria, deben necesariamente incluirse en leyes orgánicas. Este motivo de impugnación puede rechazarse a partir de lo razonado en la STC 41/2016, que se refirió al alcance de la reserva de ley orgánica establecida en el art. 135 CE, en general, y con ocasión de la impugnación del art. 116 bis LBRL, en particular.

La STC 41/2016, FFJJ 3 a) y 15, destacó que la estabilidad presupuestaria, al igual que la eficiencia y la eficacia, es un principio que vincula a todos los "niveles de Gobierno", que "deben adoptar medidas de ese tipo en el marco de sus competencias respectivas". El Estado, en particular, "tiene la responsabilidad de promover la eficacia de la actuación administrativa (art. 103.1 CE), la eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria (art. 135

CE) del conjunto de las Administraciones Públicas mediante el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 149 CE", cobrando "singular relevancia las competencias de que dispone con diverso alcance respecto de las organizaciones, los procedimientos, los empleados, los bienes y las haciendas públicas". En ejercicio de estas competencias, "el Estado puede utilizar al efecto la legislación ordinaria"; "[n]o cabe un entendimiento expansivo en cuya virtud cualesquiera medidas destinadas al ahorro en el gasto público, al manejo eficiente de los recursos públicos o a la racionalización de las estructuras administrativas queden reservadas a la ley orgánica por el solo dato de que sirvan en última instancia a fines de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera". Sobre esta base, se consideró que el art. 116 bis LBRL, aunque complemente la regulación establecida en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (de la Ley Orgánica 2/2012), no vulnera la reserva de ley orgánica (art. 135.5 CE), al estar estrechamente vinculado al régimen local. El indicado artículo, por un lado, añadió contenidos al plan económico-financiero que deben formular los entes locales cuando incumplan los objetivos de estabilidad presupuestaria o de deuda pública o la regla de gasto y, por otro, implicó a la diputación provincial en las tareas de elaboración y seguimiento del plan. Tal razonamiento es extensible a los límites a la creación de entidades instrumentales previstos en los apartados 1 y 3 de la disposición aquí controvertida.

Procede, pues, desestimar la impugnación de la disposición adicional novena LBRL, en la redacción dada por el art. 1.36 de la Ley 27/2013.

5. La Junta de Andalucía impugna el art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 27/2013.

a) El Real Decreto Legislativo 2/2004 contiene una regulación sobre controles de la actividad económico-financiera de los entes locales destinada a proteger la integridad de los bienes públicos y promover una gestión ajustada a los principios de legalidad, eficacia y eficiencia. Distingue, de un lado, el control "externo", que corresponde al Tribunal de Cuentas y, en su caso, a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas (art. 223); y, de otro, el control "interno", que realiza el propio ente local y se desglosa en las siguientes modalidades: la "función interventora", consistente en "fiscalizar todos los actos de las entidades locales y de sus organismos autónomos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquellos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación, en general, de los caudales

públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso" (art. 214.1); el "control financiero", que tiene por objeto "comprobar el funcionamiento en el aspecto económico-financiero de los servicios de las entidades locales, de sus organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes" y se realiza "por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público" (art. 220); y el "control de eficacia", que tiene por objeto "la comprobación periódica del grado de cumplimiento de los objetivos, así como el análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento de los respectivos servicios o inversiones" (art. 221).

El art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, antes de su reforma, enunciaba las modalidades de control interno: "se ejercerán en las entidades locales con la extensión y efectos que se determina en los artículos siguientes las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, en sus modalidades de función interventora, función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas de las entidades que se determinen reglamentariamente, y función de control de la eficacia". La Ley 27/2013 mantiene esta previsión, pero añade dos nuevos párrafos: un párrafo segundo, conforme al que "[a] propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior"; y un párrafo tercero, según el cual "[l]os órganos interventores de las entidades locales remitirán con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los citados controles desarrollados en cada ejercicio, en el plazo y con el contenido que se regulen en las normas indicadas en el párrafo anterior".

Según el recurso de inconstitucionalidad, la nueva redacción del art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004 habría vaciado de contenido la tutela financiera que tiene estatutariamente atribuida la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 60.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía: EAAnd), al remitir a una futura norma reglamentaria estatal los procedimientos de control en todos sus aspectos (metodología, criterios de aplicación, fases, estatuto del personal) y establecer que los órganos interventores de las entidades locales elevarán a la Interven-

ción General de la Administración del Estado un informe-resumen de los resultados de los controles desarrollados en cada ejercicio en el plazo y con el contenido establecido en aquella norma. Vulneraría igualmente la garantía constitucional de la autonomía local (art. 137 CE).

b) La "tutela financiera" atribuida a la Comunidad Autónoma de Andalucía (art. 60.3 EAAnd) ampara, no la regulación de la actividad económico-financiera de los entes locales, sino la ejecución o aplicación de esa regulación mediante, por ejemplo, autorizaciones, inspecciones o actos de fiscalización. La STC 179/1985, de 19 de diciembre, FJ 1, declaró en este sentido que la Ley 24/1983, de 21 de diciembre, de medidas urgentes de saneamiento y regulación de las haciendas locales vulneraba las atribuciones estatutarias de una comunidad autónoma, no por regular los extremos a los que debía extenderse la inspección financiera sobre los entes locales, sino por encomendar el ejercicio de esa tarea a un órgano estatal. Por lo mismo, aunque corresponde al Estado la regulación de los criterios de distribución de la participación de los entes locales en los tributos estatales (art. 149.1.14 CE), su aplicación (determinando las cantidades y realizando efectivamente el reparto) constituye una tarea ejecutiva de las comunidades autónomas (por todas, STC 171/1996, de 30 de octubre, FJ 5).

La impugnación del nuevo art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004 obliga a valorar si resulta compatible con aquella competencia autonómica que el Estado atribuya tareas ejecutivas relacionadas con la actividad local económico-financiera, no a las comunidades autónomas, sino a los propios entes locales –que son los llamados a aplicar el régimen de controles "internos" establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2004 y en el reglamento al que se remite la previsión controvertida– y a sí mismo, esto es, a su Intervención General, que es la que recibe el "informe resumen de los resultados de los citados controles desarrollados en cada ejercicio".

Respecto a lo primero, este Tribunal ha declarado que el art. 149.1.14 CE da cobertura a regulaciones sobre "la actividad financiera de las distintas haciendas que tiendan a asegurar los principios constitucionales que, conforme a nuestra Constitución, han de regir el gasto público: legalidad (art. 133.4 CE); eficiencia y economía (art. 31.2 CE); asignación equitativa de los recursos públicos (art. 31.2 CE); subordinación de la riqueza nacional al interés general (art. 128.1 CE); estabilidad presupuestaria (art. 135 CE; STC 134/2011, de 20 de julio); y control (art. 136 CE)". En particular, aquellas cuyo objeto "sea la

protección o preservación de los recursos públicos que integran las haciendas" [SSTC 130/2013, de 4 de junio, FJ 5, y 135/2013, de 5 de junio, FJ 3 b)].

Por tanto, el Estado está habilitado para configurar un régimen de controles internos de la actividad local destinado a proteger la integridad de los caudales públicos así como la legalidad, eficacia y eficiencia en su gestión. De modo que el art. 149.1.14 CE da cobertura a la previsión de que "el Gobierno establecerá las normas sobre los procedimientos de control, metodología de aplicación, criterios de actuación, derechos y deberes del personal controlador y destinatarios de los informes de control, que se deberán seguir en el desarrollo de las funciones de control indicadas en el apartado anterior" (art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, segundo párrafo).

En cuanto a lo segundo, este Tribunal ha tenido ya la oportunidad de señalar que la tutela financiera autonómica puede ser compatible con la ejecución por parte del Estado de algunos concretos controles (en relación con la deuda local: STC 120/2012, de 4 de junio, FFJJ 6 a 8, citando las SSTC 56/1983 y 57/1983, ambas de 28 de junio); también con el relativo a las cuentas locales que ejerce el Tribunal de Cuentas: "la fiscalización externa de las corporaciones locales por el Tribunal de Cuentas derivada del art. 4.1 C) de la Ley Orgánica 2/1982 [...] no supone pues, la exclusión de otros órganos fiscalizadores de la actividad económico-financiera de las corporaciones locales", de manera que "no cabe entender que la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas contengan precepto alguno que reserva en exclusiva para este Tribunal la fiscalización de dicha actividad"; "la fiscalización sobre las corporaciones locales prevista en la mencionada Ley autonómica [...] forma parte del contenido de la tutela financiera y, por consiguiente, de la competencia derivada del citado precepto estatutario. Y, en este sentido, no puede considerarse contrario a la Constitución ni al Estatuto el que la Comunidad Autónoma de Cataluña atribuya a los órganos de dicha Comunidad –la Sindicatura de Cuentas– una actividad de control sobre la actuación financiera de las corporaciones locales" (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 28, citando la STC 187/1988, de 17 de octubre, FFJJ 8 y 9).

Consecuentemente, tampoco puede perjudicar la competencia autonómica en materia de tutela financiera de los entes locales la previsión de que "[l]os órganos interventores de las entidades locales remitirán con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los citados controles

desarrollados en cada ejercicio" (art. 213, tercer párrafo, del Real Decreto Legislativo 2/2004).

Por último, la simple obligación de remitir un informe no puede vulnerar la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE), como tampoco la previsión de aquellos controles internos. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, de 11 de julio, FJ 10, declaró que ni ese control "ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE". Por lo demás, la STC 41/2016, FJ 14, se ha apoyado en este argumento para descartar, igualmente, que la nueva redacción del art. 85.2 LBRL vulnere el art. 137 CE por prever un informe del interventor local sobre sostenibilidad financiera.

Procede, pues, desestimar la impugnación del art. 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.2 de la Ley 27/2013.

6. La Junta de Andalucía impugna los arts. 75 bis y 75 ter LBRL, introducidos por los apartados 18 y 19, respectivamente, del art. 1 de la Ley 27/2013, sobre dedicación y retribución de los miembros (y el personal al servicio) de las corporaciones locales.

a) De acuerdo con la Ley reguladora de las bases del régimen local, los miembros de las entidades locales pueden prestar servicio con: a) dedicación "exclusiva", lo que, en lo que ahora importa, da derecho a percibir un sueldo periódico y fijo a modo de "retribución", así como "indemnizaciones" por los gastos efectivos ocasionados por el desempeño del cargo (art. 75, apartados 1, 3 y 4); b) dedicación "parcial", lo que da igualmente derecho a percibir una "retribución" por el tiempo de ocupación efectiva y las "indemnizaciones" (art. 75, apartados 2, 3 y 4); y c) sin dedicación, lo que da derecho a percibir las denominadas "asistencias" por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados, además de las correspondientes "indemnizaciones" (art. 75, apartados 3 y 4). Corresponde al pleno determinar el régimen de dedicación y remuneraciones aparejado a los diferentes cargos; y al presidente de la corporación, concretar los miembros que "realizarán sus funciones en régimen de dedicación exclusiva o parcial" (art. 75, apartados 2 y 5). Los presupuestos generales de la entidad local consigna-

rán las "retribuciones, indemnizaciones y asistencias", "dentro de los límites que se establezcan, en su caso" (art. 75.5).

A través de los arts. 75 bis y 75 ter LBRL, introducidos por la Ley 27/2013, el Estado ha regulado límites de esta especie porque pretende "una ordenación responsable de las retribuciones del personal al servicio de las corporaciones locales, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación con la Administración" (preámbulo de la Ley 27/2013). Atendiendo a la población del ente local, ha establecido la cuantía máxima que puede percibirse así como el número máximo de miembros que podrán disfrutar de dedicación exclusiva.

Respecto de las corporaciones con población inferior a 1000 habitantes, los indicados preceptos prevén que ninguno de sus miembros "podrá prestar servicios en régimen de dedicación exclusiva" [art. 75 ter, apartado 1 a)]. Como regla general, estos cargos públicos han de prestar servicio sin dedicación alguna de modo que solo "excepcionalmente" podrán hacerlo "con dedicación parcial, percibiendo sus retribuciones dentro de los límites máximos señalados al efecto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado" (art. 75 bis, apartado 1, segundo párrafo). Posteriormente, la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado (disposición adicional 90.ª, introducida por el Real Decreto-ley 1/2014, de 24 de enero), ha concretado "el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las corporaciones locales", estableciendo, en el caso de las de menos de 1000 habitantes, que "resultará de aplicación la siguiente escala, atendiendo a su dedicación": dedicación parcial al 75 por 100, 30 000 €; al 50 por 100, 22 000 €; y al 25 por 100, 15 000 €.

La Junta de Andalucía discute únicamente los límites que los arts. 75 bis y 75 ter LBRL han introducido al régimen de dedicación y retribuciones de los miembros de corporaciones locales de menos de 1000 habitantes. Vulneraría el art. 23 CE por carecer de toda justificación, imponer limitaciones desproporcionadas y desincentivar el acceso a los cargos públicos locales por parte de los ciudadanos, al ser posible que la adquisición de tal condición no conlleve retribución alguna.

b) Los arts. 75 bis y 75 ter LBRL introducen limitaciones al régimen de dedicación y retribución de los miembros de entes locales con población inferior a 1000 habitantes que responden a los principios de eficiencia en los recursos públicos (art. 31.2 CE) y estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Parten del razonable criterio de que, a menor población, menor carga real de trabajo y menor remuneración, asegurando en todo caso ámbitos decisorios suficientemente amplios que

permitan ponderar otras variables. Excluyen la "dedicación exclusiva", pero los entes locales pueden fijar una variedad de regímenes de dedicación parcial (como ha confirmado la disposición adicional 90.ª del Real Decreto-ley 1/2014, al distinguir modalidades según porcentajes de dedicación) y decidir el concreto alcance de las consiguientes retribuciones dentro de los topes máximos previstos. Configuran la "dedicación parcial" como excepcional, pero no predeterminan el porcentaje de cargos sin dedicación específica. Los entes locales conservan márgenes relevantes para decidir entre estos regímenes de dedicación. A su vez, los arts. 75 bis y 75 ter LBRL no han cerrado las cantidades que hayan de percibir los miembros locales sin dedicación específica; su específico importe dependerá de las indemnizaciones y asistencias que decida el ente local dentro del marco de límites que establezca la legislación estatal y autonómica.

Consecuentemente, los preceptos controvertidos, en lo que afecta a los entes locales con menos de 1000 habitantes, ni carecen de toda justificación ni impiden ajustar las remuneraciones a la carga que supongan las tareas concretamente realizadas por el miembro de la corporación ni producen por sí los efectos que le imputa el recurso de inconstitucionalidad. Los entes locales conservan márgenes suficientemente amplios para decidir las remuneraciones de sus miembros por lo que la Ley 27/2013 difícilmente ha podido vulnerar el derecho fundamental de participación política de los cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). Este Tribunal ha señalado en este sentido que "una determinada modalidad retributiva como es la percepción de un sueldo fijo" no "constituye, per se, un derecho que forma parte del núcleo esencial del derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos protegido por el art. 23.2 CE". Así lo declaró la STC 36/2014, de 27 de enero, FJ 8, al enjuiciar el régimen de dedicación y retribución de los diputados de las Cortes de Castilla-La Mancha establecido en el Reglamento de la Cámara; sustituía un sistema de dedicación exclusiva (con la consiguiente percepción de un sueldo) por otro en el que solo los cargos previamente fijados por la Mesa podrán disfrutar de esa dedicación, pasando el resto de los diputados a recibir una cantidad en concepto de indemnización por los gastos derivados de sus funciones representativas así como por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos colegiados de los que formen parte.

Procede, pues, desestimar la impugnación de los arts. 75 bis y 75 ter LBRL, introducidos por los apartados 18 y 19, respectivamente, del art. 1 de la Ley 27/2013.

7. La Junta de Andalucía impugna el art. 97 del texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 27/2013. Aduce exactamente las mismas razones que llevaron a la STC 41/2016 a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos "Decreto del órgano de gobierno de" y "el Órgano de Gobierno de", incluidos, respectivamente, en las disposiciones transitorias cuarta.3 y undécima, párrafo tercero, todos de la Ley 27/2013. La referencia a un concreto órgano autonómico –en este caso la indicación de que corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma la aprobación del régimen de monopolio acordado por el ente local para la gestión de actividades reservadas conforme al art. 86.2 LBRL– vulneraría la potestad autonómica de autoorganización.

Lo razonado en los fundamentos jurídicos 7 c) y 8 b) de la STC 41/2016 es enteramente trasladable a este proceso para estimar la impugnación y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso "El Consejo de Gobierno de", incluido en el segundo párrafo, in fine, del art. 97 del texto refundido de la Ley de régimen local, en la redacción dada por la disposición final primera de la Ley 27/2013.

8. La Junta de Andalucía impugna la disposición adicional decimosexta LBRL, introducida por el art. 1.38 de la Ley 27/2013, que lleva el título "mayoría requerida para la adopción de acuerdos en las Corporaciones Locales".

a) La disposición controvertida enuncia las siguientes decisiones locales: a) "[e]l presupuesto del ejercicio inmediato siguiente"; b) "[l]os planes económico-financieros, los planes de reequilibrio y los planes de ajuste a los que se refiere la" de la Ley Orgánica 2/2012; c) "[l]os planes de saneamiento de la Corporación Local o los planes de reducción de deudas"; y d) "[l]a entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la" de la Ley Orgánica 2/2012 y, "en particular, el acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros".

Estas decisiones se refieren a los ingresos y gastos que soportan la actividad de la corporación local (y de sus entes instrumentales) a corto y medio plazo. El "presupuesto general" constituye, por un lado, la "expresión cifrada" de las previsiones de ingresos y gastos en un ejercicio –que "coincidirá con el año natural"– del ente local, de sus or-

ganismos autónomos y de las sociedades mercantiles cuyo capital social le pertenece íntegramente (arts. 162 y 163 del Real Decreto Legislativo 2/2004). Por otro, los planes indicados incluyen diagnósticos económico-financieros a mayor plazo, formulan objetivos y proyectan medidas de incremento de ingresos y reducción de gastos. En unos casos, la elaboración del plan constituye un acto obligado como consecuencia del incumplimiento de la regla de gasto o los objetivos de estabilidad presupuestaria o deuda pública: plan económico-financiero (definido como plan del "año en curso y el siguiente" que permite "el cumplimiento de los objetivos o de la regla de gasto": art. 21.1 de la Ley Orgánica 2/2012) y plan de reequilibrio (adoptado específicamente para corregir el "déficit estructural en caso de catástrofes naturales, recesión económica grave o situaciones de emergencia extraordinaria": art. 22 en relación con art. 11.3, ambos de la Ley Orgánica 2/2012). En otros supuestos, la elaboración del plan constituye una condición para acceder a una ventaja o utilidad: la autorización (por parte del Estado o de la Comunidad Autónoma, según los casos) de operaciones de crédito a largo plazo (planes de saneamiento o reducción de deudas previstos en el Real Decreto Legislativo 2/2004) o el acceso a recursos o mecanismos extraordinarios de financiación (planes de ajuste regulados en el Real Decreto-ley 8/2013 y la Ley Orgánica 2/2012). La solicitud misma de acceso a estos recursos, previa elaboración del correspondiente plan de ajuste, es el último de los actos locales a que hace referencia la disposición controvertida.

La aprobación de estos instrumentos corresponde al pleno de la corporación local según lo establecido en otras previsiones incluidas en la Ley Orgánica 2/2012 (art. 23.4), la Ley reguladora de las bases del régimen local [arts. 22.2 e), 33.2 c) y d), 112.4, 123.1 h)], el Real Decreto Legislativo 2/2004 (arts. 53.1, 168.4, 169.2) y el precitado Real Decreto-ley 8/2013 [art. 18, apartados 1 a), 2 y 3; art. 32.2]. No habiendo previsiones que impongan específicamente la mayoría cualificada, estas decisiones se adoptan por mayoría simple de los miembros presentes (arts. 47.2 y 123.2 LBRL).

La disposición controvertida mantiene la regla conforme a la que el órgano competente para adoptar aquellos actos es el pleno de la corporación. Lo hace así al exigir, en todo caso, una primera votación en el pleno y establecer que solo "excepcionalmente" será competente la junta de gobierno local. La innovación introducida consiste, pues, precisamente, en transformar una regla "absoluta" (el órgano competente es el pleno) en una regla "relativa", esto es, en un criterio que a par-

tir de ahora pasa a ser solo "general". Cumplidas determinadas condiciones formales (que la corporación cuente con junta de gobierno; que se produzca al menos una primera votación fallida en el pleno de la corporación; y, en el caso del presupuesto, que exista previamente uno prorrogado), la junta de gobierno local "tendrá la competencia" para aprobar aquellos instrumentos.

La Junta de Andalucía razona en su recurso de inconstitucionalidad que la previsión controvertida, al hurtar al órgano representativo de la corporación aquellas relevantes decisiones, vulneraría el principio democrático en sí (art. 1.1 CE) y como fundamento de la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137, 140, 141.1 CE), además del art. 23.1 CE. Para resolver la impugnación, es preciso tener en cuenta, de un lado, los amplios márgenes con que cuenta el legislador para configurar el entramado institucional de los entes locales; y, de otro, el significado y alcance del principio democrático.

b) El "constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, por lo que el legislador podrá ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración" (SSTC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8, y 103/2013, de 25 de abril, FJ 6). Estableció pocas reglas directamente relacionadas con los órganos de gobierno de los entes locales.

Los municipios y provincias, en tanto que "corporaciones" (art. 142 CE) o Administraciones con carácter "representativo" (arts. 141.2 y 142 CE) dotadas de "autogobierno" (STC 19/1987, de 17 de febrero, FJ 4), deben contar, por imperativo constitucional, con un órgano colegiado y representativo. No obstante, ese órgano forma parte del ayuntamiento o diputación encargado del "gobierno y administración" (arts. 140 y 141.2 CE), a diferencia de las Cortes Generales o las Asambleas autonómicas, que, naturalmente, en modo alguno se confunden con el Gobierno y Administración del Estado o de las comunidades autónomas. A su vez, las normas locales carecen de rango de ley, razón por la cual la autonomía local se diferencia de la autonomía política de las comunidades autónomas (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3). Ese órgano representativo tendrá las competencias que le atribuya la ley (ordinaria) sin posibilidad de ejercer aquellas que el legislador (también ordinario) haya conferido a otros órganos de gobierno locales, a diferencia de las Cortes Generales y las Asambleas autonómicas; la Constitución y los Estatutos de Autonomía garantizan a estas Cámaras una posición preeminente respecto del poder ejecutivo mediante reservas de ley y la habilitación para ejercer cualesquiera tareas, sin per-

juicio de la doctrina constitucional sobre las leyes singulares (por todas, STC 231/2015, de 5 de noviembre, FFJJ 3 y 4). En particular, la Constitución reserva específicamente a las Cortes Generales el "examen, enmienda y aprobación" de los "Presupuestos Generales del Estado" (art. 134.1) sin incluir expresamente una regla equivalente en favor del pleno de las corporaciones locales; dicho sea sin perjuicio de que, a los efectos de aislar límites constitucionales a la actividad presupuestaria autonómica, este Tribunal ha declarado que aunque de la "literalidad del art. 134 CE" se deduce, en principio, "que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal", pueden llegar a derivarse "reglas y principios constitucionales aplicables a todos los poderes públicos que conforman el Estado en sentido amplio" (por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 10). Ahora bien, por escasa que sea la densidad normativa de la Constitución en este punto y, en consecuencia, por amplios que sean los márgenes para distribuir competencias entre los órganos de gobierno de las corporaciones locales, el legislador debe en todo caso ajustarse a la democracia (art. 1.1 CE) como principio fundamental que juega en paralelo en los tres niveles territoriales: "nuestra democracia constitucional garantiza, de manera muy amplia, la participación de los ciudadanos en la vida pública y en el destino colectivo, decidiendo estos, periódicamente, ... acerca del destino político de la comunidad nacional en todas sus esferas, general, autonómica y local" (STC 103/2008, de 11 de septiembre, FJ 2).

El principio democrático es nada menos que "el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas" (STC 103/2013, FJ 6). Se trata de que la "comunidad local", a través de las corporaciones locales en que está representada, intervenga en los asuntos que le afectan, lo que debe traducirse en la atribución de competencias al ente local y en la participación de este en las tareas conferidas a otras instancias territoriales (por todas, STC 32/1981, FJ 4). El preámbulo de la Carta europea de autonomía local, ratificada por España el 15 de octubre de 1985, declara en este sentido que "las entidades locales son uno de los principales fundamentos de un régimen democrático"; que el local es el nivel en el que "puede ser ejercido más efectivamente" el "derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos" como derecho que "forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa"; que "la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes

países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder"; y que todo esto "supone la existencia de entidades locales dotadas de órganos de decisión democráticamente constituidos que se benefician de una amplia autonomía en cuanto a las competencias, a las modalidades de ejercicio de estas últimas y a los medios necesarios para el cumplimiento de su misión".

Por eso, la circunstancia de que las normas locales no tengan rango legal no significa en modo alguno que su aprobación por el pleno carezca de consecuencias bajo la perspectiva del principio democrático. Sin negar el juego de la reserva de ley tributaria, este Tribunal ha precisado que "en virtud de la autonomía de los entes locales constitucionalmente garantizada y del carácter representativo del Pleno de la Corporación municipal, es preciso que la Ley estatal atribuya a los Acuerdos dictados por este (así, los acuerdos dimanantes del ejercicio de la potestad de ordenanza), un cierto ámbito de decisión acerca de los tributos propios del Municipio, entre los cuales se encuentran las tasas" [STC 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 10 c)]. Por lo mismo, se impone un "criterio de flexibilidad a la hora de identificar el alcance de la reserva de ley del art. 25.1 CE en relación con las ordenanzas municipales de contenido punitivo"; "la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento" (STC 132/2001, FFJJ 5 y 6).

La competencia estatal para regular los órganos de gobierno de los entes locales, en general, y para distribuir entre ellos las atribuciones locales, en particular, conecta también, en última instancia, con el principio democrático: "es evidente que uno de los aspectos sustanciales del modelo de autonomía local garantizado en todo el Estado atañe al funcionamiento democrático de los órganos de gobierno de las Corporaciones Locales y, dentro de él, en concreto, a lo que afecta al quórum y mayorías necesarias para la adopción de acuerdos de los órganos colegiados superiores, ya que los preceptos relativos a estas cuestiones definen precisamente un modelo de democracia local". Partiendo de este razonamiento, la STC 33/1993, de 1 de febrero, FJ 3, declaró la competencia estatal para regular "un sistema acabado de mayorías precisas para la adopción de acuerdos por parte de las Corporaciones locales", que incluye un elenco taxativo o cerrado de supuestos de mayoría cualificada que las comunidades autónomas no

pueden complementar ni ampliar. Lo mismo hizo la STC 233/1999, FJ 38, vinculando la regulación básica estatal de los contenidos de los presupuestos generales del ente local al "correcto desarrollo del debate político en torno a la aprobación y ejecución de dicho Presupuesto General" así como a la "transparencia". También la STC 103/2013, FJ 3 e), refiriéndose al "diseño básico de la organización municipal", que ha "comprendido tradicionalmente, los órganos de gobierno y de representación directamente enraizados en el art. 140 CE: Alcalde, tenientes de Alcalde, Pleno, Comisión de gobierno".

El principio democrático (art. 1.1 CE), siendo fundamento de la autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y de la competencia estatal para regular el régimen de los órganos de gobierno de las corporaciones locales (art. 149.1.18 CE), según acabamos de razonar, debe funcionar necesariamente también como fuente de límites al ejercicio de aquella competencia estatal. De ello hay manifestaciones en la doctrina constitucional reciente.

Este Tribunal ha apoyado en el principio democrático la declaración de inconstitucionalidad de la previsión básica que permitía al alcalde nombrar como miembros de la junta de gobierno a personas que no ostentan la condición de concejales: "el art. 140 CE otorga una especial legitimación democrática al gobierno municipal, tanto en su función de dirección política, como de administración, que contrasta, sin duda, con el diseño que la propia Constitución establece para el Gobierno del Estado (arts. 97 y 98 CE). Un plus de legitimidad democrática, frente a la profesionalización, que, en todo caso, debe ser respetada por el legislador básico al configurar ese modelo común de autonomía municipal" (STC 103/2013, FJ 6).

Del mismo modo, el principio democrático, "en su concreta dimensión de control del ejercicio del cargo de sus representantes electos" y como "exigencia de publicidad" ("aplicable a la actividad del pleno municipal, en tanto que órgano de carácter representativo de una colectividad política territorial que somete a un procedimiento democrático decisiones, que incorporan fines políticos propios, reflejo del principio de pluralismo político y del ámbito de poder atribuido en virtud de la autonomía local garantizada en el art. 137 CE"), dio lugar a la siguiente interpretación de conformidad: "el art. 70.1, párrafo segundo, LBRL, en tanto establece que las sesiones de las juntas de Gobierno local no son públicas, es conforme con el principio democrático (art. 1.1 CE) y el derecho a la participación en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), siempre que se interprete en el sentido de que no incluye las de-

cisiones relativas a las atribuciones delegadas por el pleno". Se trata de evitar que, "aprovechando el carácter preceptivo de la no publicidad de las sesiones de la junta de gobierno local y mediante la mera delegación de atribución del pleno en la junta", quede "imposibilitado el control de la ciudadanía sobre el proceso de la toma de decisiones, que, por su importancia, legalmente están sometidas al régimen de publicidad" (STC 161/2013, de 26 de septiembre, FJ 9).

Por otra parte, la ordenación de las competencias de los órganos de gobierno que llevó a cabo la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local –a la que se refieren las SSTC 103/2013, 143/2013 y 161/2013– tuvo en cuenta el principio democrático. En líneas generales, optó por un modelo de separación funcional (en general, pero especialmente respecto de los llamados "municipios de gran población"), que traslada la dirección política y las tareas administrativas al alcalde (o presidente provincial) y a su junta de gobierno. Lo relevante a nuestros efectos es que el legislador perseguía –como ahora la disposición controvertida– potenciar a la junta de gobierno local, pero fortaleció igualmente el pleno como órgano representativo que controla al anterior, monopoliza prácticamente toda la producción de normas y conserva funciones administrativas de relevancia. Una expresión singularmente clara es el mantenimiento de la prohibición de que el pleno delegue la aprobación de los presupuestos, las ordenanzas, el reglamento orgánico, los planes así como el control y fiscalización de la actividad desarrollada por el alcalde (o presidente provincial) y la junta de gobierno local (arts. 22.4, 33.4 y 123.3 LBRL).

c) A la vista de la doctrina constitucional expuesta, para resolver la impugnación, hemos de analizar primero si los asuntos sustraídos a la competencia del pleno afectan particularmente a la comunidad local y, en todo caso, si conectan de modo especial con el principio democrático; ello permitirá determinar si, y hasta qué punto, la disposición adicional decimosexta LBRL ha impuesto sacrificios al principio democrático.

Es patente que los presupuestos generales encierran decisiones muy relevantes para la vida local. No puede perderse de vista que el instituto presupuestario, junto al tributo ("no taxation without representation"), está en los orígenes mismos de la democracia moderna (SSTC 3/2003, de 16 de enero, FJ 3, respecto del presupuesto; 107/2015, de 28 de mayo, FJ 2, respecto del tributo). La doctrina constitucional ha hablado en este sentido de una "conexión especial entre el presupuesto y la

democracia", refiriéndose específicamente a la democracia parlamentaria (STC 3/2003, FJ 3). En el ámbito local, la idea básica de que los gastos que elija el poder ejecutivo deban contar con la aceptación de los ciudadanos viene afirmándose a lo largo de los años con igual intensidad. Más aún, la mayor proximidad de las corporaciones locales a la ciudadanía ha favorecido el desarrollo, no solo del binomio "presupuesto y consentimiento ciudadano" (atribuyendo al pleno todas las decisiones presupuestarias de la entidad local), sino, incluso, del binomio "presupuesto y participación ciudadana" (facilitando la intervención directa del vecino en la elección de los gastos que más le afectan mediante los denominados "presupuestos participativos").

Por su parte, el debate y aprobación de aquellos planes (económico-financiero, de reequilibrio, ajuste, saneamiento o reducción de deudas) conllevan la toma de decisiones muy determinantes, más incluso que el propio presupuesto de la entidad local, caracterizado por el principio de anualidad. Condicionan, posiblemente más que ninguna otra, el conjunto de sus políticas mediante diagnósticos económico-financieros, previsiones de ingresos y compromisos de gasto que pueden tener carácter plurianual (arts. 21 de la Ley Orgánica 2/2012 y 53.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004). Suponen, pues, la asunción de importantes compromisos; compromisos cuyo incumplimiento puede acarrear la imposición de medidas que afecten gravemente a la capacidad del ente local para adoptar políticas públicas (arts. 25 y 26 de la Ley Orgánica 2/2012). A la vista de esta inequívoca relevancia para el conjunto de los vecinos, se comprende que varias disposiciones legales atribuyan la aprobación de estos planes al pleno de la corporación local. A su vez, si la obtención de recursos extraordinarios está subordinada a que el pleno apruebe aquellos planes de ajuste, se entiende que su solicitud corresponda también al pleno. No precisa mayor esfuerzo argumentar que esa solicitud es trascendental, acaso la más importante de entre las que puede adoptar una corporación local a lo largo de un ejercicio; basta constatar que las ayudas aseguran en muchos casos la financiación de servicios esenciales, cuando no la subsistencia misma de la organización local, y que, a cambio de ellas, los entes locales deben consentir potentes restricciones a su capacidad de configuración de políticas públicas (disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012 y arts. 20 a 34 del Real Decreto-ley 8/2013).

Por lo demás, la novedad histórica en el mundo local es la configuración del alcalde (o presidente provincial) y la junta de gobierno como órganos de marcado carácter "ejecutivo" con funciones propias de

dirección política y gestión administrativa; lo que nunca se ha puesto en cuestión (ni en España ni en el Derecho local del entorno europeo) es el monopolio prácticamente total por parte del órgano de carácter representativo de la programación presupuestaria, las normas, los planes y las decisiones administrativas más relevantes de la corporación. Así lo ha señalado este Tribunal cuando, al hilo del examen de la Ley 57/2003, ha destacado como novedoso el "carácter ejecutivo" atribuido ahora a la junta de gobierno local, en general ("ya que no se integra de conformidad a los principios de representatividad y proporcionalidad del pleno, sino por el alcalde y una serie de concejales nombrados y separados libremente por el alcalde", STC 161/2013, FJ 9) y en los denominados "municipios de gran población", en particular (ya que "ha asumido la mayoría de las competencias de ejecución que antes correspondían al Pleno", STC 103/2013, FJ 5 h).

Consecuentemente, al hurtar al pleno –como órgano constitucionalmente necesario de los ayuntamientos y diputaciones– de tareas sumamente trascendentes, dotadas de aquella "conexión especial", y al atribuirlas a la junta de gobierno –como órgano eventual, carente de relieve constitucional y configurado legalmente con marcado "carácter ejecutivo"–, la disposición adicional decimosexta LBRL ha impuesto un sacrificio a un principio medular, definitorio de la propia autonomía local (arts. 137, 140 y 141 CE) y de la competencia estatal misma que da cobertura a la intervención legislativa (art. 149.1.18 CE); un principio constitucionalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE; STC 204/2011, de 15 de diciembre, FJ 8). No se trata de negar la legitimidad democrática o la capacidad representativa con que también cuenta, naturalmente, la junta de gobierno local. Se trata de constatar que la disposición adicional decimosexta LBRL afecta singularmente a dos dimensiones del principio democrático, convenientemente aisladas por la STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 4 a): de un lado, la dimensión que exige tendencialmente que las decisiones vinculadas al destino de la comunidad sean tomadas conforme al principio mayoritario por órganos colegiados de naturaleza representativa; y, de otro, la que garantiza, también tendencialmente, que, en el marco de procedimientos deliberativos, la minoría pueda formular propuestas y expresar su opinión sobre las propuestas de la mayoría, sin predeterminar necesariamente resultados, pero con la posibilidad abstracta de influir en ellos.

Constatado el sacrificio impuesto al principio democrático, hay que valorar si las demás previsiones de la disposición adicional decimosexta

LBRL lo eliminan o atenúan en alguna medida. El apartado 1 dispone, respecto del presupuesto general de la entidad local, que el traslado competencial tiene lugar únicamente cuando el municipio esté funcionando con un presupuesto prorrogado, es decir, cuando, iniciado el ejercicio económico, el nuevo presupuesto no haya sido aún objeto de aprobación (arts. 112.4 LBRL y 169.6 del Real Decreto Legislativo 2/2004). Señala igualmente, respecto del conjunto de los instrumentos enunciados, que la competencia atribuida a la junta presupone en todo caso una primera votación plenaria. Brinda así, al menos, una oportunidad al órgano representativo para adoptar, en el marco de un procedimiento deliberativo, acuerdos sumamente trascendentales para la vida local y dotados de aquella conexión especial, bien que bajo presión; los concejales saben de antemano que un resultado negativo implicará la pérdida de su competencia a favor de la junta de gobierno y, con ello, la pérdida de su capacidad de influencia sobre el contenido del acuerdo que finalmente se adopte.

Todo ello no elimina el sacrificio impuesto a las indicadas manifestaciones del principio democrático; significa solo que ese enorme sacrificio podría ser todavía mayor, si el legislador llegara a atribuir directamente a la junta de gobierno local la competencia para aprobar tan decisivos acuerdos. Nótese que la disposición controvertida propicia la adopción de aquellas decisiones en ayuntamientos y diputaciones que cuentan con gobiernos en minoría, pero no solo. Los propios concejales del grupo político que sustenta al alcalde (o presidente) podrían dejar de apoyar los proyectos correspondientes (con ausencias o abstenciones, no necesariamente mediante votos en contra) para que pasen a la junta de gobierno sin debates ni enmiendas.

Por su parte, el apartado 2 de la previsión impugnada obliga a, de un lado, publicar las decisiones que a este respecto adopte la junta de gobierno local y, de otro, dar cuenta al pleno en la primera sesión que se celebre. Trata así de preservar en alguna medida el principio democrático, aunque, en realidad, no por ello resultan menos afectadas sus dimensiones aquí relevantes; la publicidad y la rendición de cuentas son medidas ex post, no cambian el hecho de que el órgano representativo perdió la competencia y de que una decisión vital para la comunidad local especialmente conectada con el principio democrático fue adoptada por un órgano de carácter ejecutivo al margen de todo procedimiento deliberativo.

Por lo demás, una cosa es que la junta de gobierno deba responder políticamente ante el pleno, lo que, en efecto, está previsto en la Ley

reguladora de las bases del régimen local [arts. 22, apartados 2 a) y 3; 33, apartados 2 e) y 3; 123.1, letras a) y b); y 126.3] y la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (LOREG), arts. 197, 197 bis y 207, y otra bien distinta que este órgano, por el solo hecho de tener carácter representativo, pueda dejar sin efecto las decisiones del "ejecutivo" local, tal como alega el Abogado del Estado. En el ámbito local, cada órgano de gobierno ejerce las competencias que le atribuya la ley; el pleno no puede atraer para sí las tareas legalmente encomendadas al alcalde (o presidente) y a la junta de gobierno.

El sacrificio impuesto al principio democrático resulta, pues, inequívoco. No obstante, no puede perderse de vista que este principio, en cuanto tal, no puede cerrar los amplísimos espacios de configuración que la Constitución asigna al legislador básico a la hora de regular los órganos de gobierno locales y repartir tareas entre ellos; en lo que ahora importa, obliga solo a que, respecto de aquellas decisiones determinantes de la vida de la comunidad local que presentan aquella "conexión especial", tenga muy buenas razones para sustraerlas a la competencia del órgano representativo que expresa el pluralismo político de esa comunidad así como para suprimir o reducir los beneficios inherentes a la democracia deliberativa. Ello exige desarrollar un juicio –calificado de "ponderación" en la doctrina constitucional– que identifique los bienes en juego, calibre su importancia y determine si el beneficio asegurado a uno compensa el sacrificio impuesto a otro ("regla de prevalencia condicionada", en términos de la STC 103/2001, de 23 de abril, FJ 10).

d) A fin de realizar el señalado juicio de ponderación, hay que empezar por constatar que la exposición de motivos de la Ley 27/2013 no explica las razones de la disposición adicional decimosexta LBRL. La justificación de la enmienda núm. 420 introducida en el Congreso de los Diputados –de la que trae causa la previsión controvertida– tampoco resulta expresiva ("a fin de solventar determinadas incidencias que se pueden producir en el funcionamiento de una corporación local"). Pese a ello, no plantea dificultades identificar la finalidad de la disposición controvertida; responde muy directamente al principio constitucional de estabilidad presupuestaria (art. 135 CE). Para empezar, el indicado principio es el objetivo básico al que responde el conjunto de la Ley 27/2013, según su precitado preámbulo; "adaptar algunos aspectos de la organización y funcionamiento de la Administración local" a la "reforma del artículo 135 de la Constitución". A su vez, las decisiones

enumeradas en la disposición controvertida son todas de contenido económico con inequívoca incidencia presupuestaria. Además, la disposición impugnada menciona expresamente en dos ocasiones la Ley Orgánica 2/2012 y, en fin, cuenta con un antecedente normativo cuyo preámbulo se refiere a la estabilidad presupuestaria como fundamento de las nuevas atribuciones de la junta de gobierno local.

La disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 14/2013, de 29 de noviembre, incluía, en efecto, una regulación similar (aunque estrictamente vinculada a las medidas de entrada en mecanismos extraordinarios de financiación y a los correspondientes planes de ajuste); disposición a la que, por cierto, se refiere la STC 40/2016, de 3 de marzo, FJ 4, declarando la extinción (por pérdida sobrevenida de objeto) de la impugnación que la Defensora del Pueblo formuló contra ella y haciendo constar que este Tribunal "tendrá la oportunidad de pronunciarse" sobre la constitucionalidad de la disposición adicional decimosexta LBRL, introducida por el art. 1.38 de la Ley 27/2013 en, precisamente, el presente proceso constitucional. Según el preámbulo del Real Decreto-ley 14/2013, el objetivo sería evitar "problemas de gobernabilidad en los ayuntamientos" y, más precisamente, eliminar "obstáculos que no deberían afectar al logro de la estabilidad y del reequilibrio de aquellas entidades" y desbloquear "una situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados". Tal finalidad sería también la de la previsión aquí impugnada tal como resulta, por lo demás, de las alegaciones del Abogado del Estado, que giran en torno al principio de estabilidad presupuestaria como fundamento y justificación de las nuevas atribuciones de la junta de gobierno local.

Las situaciones de bloqueo institucional pueden, en efecto, dificultar la aprobación y la aplicación de medidas destinadas a corregir problemas de déficit presupuestario. Tales situaciones pueden producirse fácilmente en el ámbito local porque allí el gobierno en minoría es un imperativo legal: si ninguno de los concejales que encabeza la lista correspondiente obtiene la confianza del pleno, será proclamado alcalde el de la lista más votada y, en caso de empate, el ganador de un sorteo; en municipios con entre 100 y 250 habitantes, si ningún concejal obtiene el apoyo de la mayoría absoluta, será proclamado alcalde el que hubiera obtenido más votos populares en las elecciones municipales (art. 196 LOREG). De modo que no es extraño el caso del pleno que se resiste sistemáticamente a aprobar las medidas de reequilibrio presupuestario que proyecta el "ejecutivo" local para dar

cumplimiento a las exigencias del art. 135 CE y de la Ley Orgánica 2/2012.

Estas dinámicas no son en sí mismas problemáticas; antes bien, son una expresión de pluralismo político consustancial a la democracia (art. 1.1 CE), en general, y al específico modelo que ha querido configurar el legislador orgánico para los entes locales, en particular. Ahora bien, ello no impide apreciar que tales dinámicas puedan llegar a perjudicar ese otro principio constitucional: la estabilidad presupuestaria como norma de conducta que obliga a los entes locales (art. 135.2 CE). Ello es lo que ha querido expresar, quizá sin mucha fortuna, el preámbulo de Real Decreto-ley 14/2013, cuando afirma que las nuevas atribuciones de la junta de gobierno pretenden eliminar "obstáculos que no deberían afectar al logro de la estabilidad y del reequilibrio de aquellas entidades" y desbloquear "una situación de interferencia de la situación política en el funcionamiento financiero de los municipios afectados".

Identificados los principios en juego, corresponde ahora valorar su importancia. La democracia y la estabilidad presupuestaria, en cuanto principios recogidos en el texto constitucional, tienen, por ello y prima facie, la misma relevancia constitucional. Sin embargo, es más que evidente que no son equivalentes, esto es, bienes a los que la Constitución haya asignado el mismo peso. Ya se ha explicado suficientemente que la democracia es principio fundacional del propio Estado constitucional (STC 259/2015, de 2 de diciembre, FJ 5), "valor superior de nuestro ordenamiento reflejado en el art. 1.1 CE" (STC 204/2011, FJ 8) y fundamento, tanto de la autonomía local (STC 103/2013, FJ 6), como de la competencia estatal misma para regular los órganos de gobierno de los entes locales y para repartir asuntos entre ellos (STC 33/1993, FJ 3). La ausencia de equivalencia no impide la ponderación ni supone necesariamente la inconstitucionalidad de la previsión impugnada; conduce solo a considerar que esa previsión, para no incurrir en inconstitucionalidad, debería propiciar muchos más beneficios sobre el principio de estabilidad presupuestaria que perjuicios sobre el principio democrático.

A fin de determinar los beneficios de la disposición adicional decimosexta LBRL en términos de estabilidad presupuestaria y valorar si superan ampliamente el sacrificio impuesto al principio democrático (art. 1.1 CE), hay que notar, en primer lugar, lo siguiente: el precepto recurrido no circunscribe su ámbito de aplicación a las situaciones de bloqueo institucional. Se aplica a ellas, pero no solo a ellas. Pueden

beneficiarse de la traslación competencial también alcaldes (o presidentes) y juntas que no gobiernan en minoría. Los grupos políticos que han dado su confianza al alcalde (o presidente) pueden eventualmente optar por dejar de apoyar proyectos concretos del "ejecutivo" local, pasando tales asuntos a la junta de gobierno sin debates ni enmiendas. Ya se ha dicho que ello afecta gravemente al principio democrático. Ahora importa destacar que ello no solventa problema alguno de gobernabilidad ni aporta beneficios en términos de estabilidad presupuestaria.

En segundo lugar, la disposición adicional decimosexta LBRL no limita su ámbito de aplicación a las situaciones de déficit presupuestario. Cumplidas ciertas condiciones formales, traslada a la junta la competencia para adoptar los presupuestos generales y lo hace en todo caso, también cuando la entidad local se halle efectivamente en situación de equilibrio o superávit presupuestario. Algo parecido ocurre en relación con otras decisiones. La aprobación de los llamados planes de "ajuste" o de "saneamiento" es una carga que permite acceder a ciertas ventajas también a corporaciones con cuentas equilibradas (en particular, la autorización de operaciones de crédito o la participación en el fondo para la financiación para el pago a proveedores, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 2/2004, el Real Decreto-ley 8/2013 y la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012). En el mismo sentido, una de las situaciones que permite el "acceso a las medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez previstas en el Real Decreto-ley 8/2013" [disposición adicional decimosexta.1, letra d), segundo inciso, LBRL] es que los entes locales "hayan cumplido con sus obligaciones de remisión de información económico-financiera, de acuerdo con la normativa reguladora de las haciendas locales y la de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y, además, presenten ahorro neto y remanente de tesorería para gastos generales negativos, en términos consolidados, en los dos últimos años" [art. 21 a) del Real Decreto-ley 8/2013]. De igual modo, "la entrada de la Corporación Local en los mecanismos extraordinarios de financiación vigentes a los que se refiere la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril" [disposición adicional decimosexta.1, letra d), primer inciso, LBRL] y las cargas consecuentes [entre ellas, la aprobación del "plan de ajuste" al que se refiere la letra b) de la previsión controvertida] están igualmente abiertas a entes locales sin problemas de desequilibrio presupuestario (disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012). Por lo demás, pudiera ocurrir que la decisión de los concejales del

pleno de no apoyar cualquiera de los instrumentos enunciados responda a la consideración de que los ajustes programados son insuficientes o a motivos de conveniencia o legalidad que no comprometen el equilibrio presupuestario y, por tanto, a razones que el ejecutivo local podrá a partir de ahora esquivar pura y simplemente ejerciendo la competencia que le atribuye la disposición impugnada. Consecuentemente, el precepto controvertido, aplicado incluso por "ejecutivos" locales que gobiernen en minoría, impone aquel relevante sacrificio sobre el principio democrático sin producir en muchos casos ventaja alguna en términos de estabilidad presupuestaria.

En tercer lugar, los beneficios sobre el principio de estabilidad presupuestaria que podrían llegar a producirse en algunos casos –esto es, en situaciones de gobierno minoritario y desequilibrio presupuestario– son eventuales y, en todo caso, no inmediatos, a diferencia del sacrificio impuesto al principio democrático. La disposición adicional decimosexta LBRL dinamiza en estos supuestos la estabilidad presupuestaria de manera indirecta, a través de los presupuestos generales y planes cuya aprobación resulta agilizada, y solo si estos contuvieran verdaderamente medidas adecuadas para lograr los incrementos de ingresos y las reducciones de gastos que reclama la corrección de situaciones de déficit.

En cuarto lugar, para acabar de calibrar el alcance de los beneficios de carácter eventual e indirecto que la disposición adicional decimosexta LBRL podría llegar a producir en situaciones de gobierno minoritario y déficit presupuestario, no puede dejar de ponderarse que la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, reformó la Ley Orgánica del régimen electoral general para, precisamente, dotar a los entes locales de "un instrumento que permita superar las situaciones de rigidez o de bloqueo en el proceso de toma de decisiones" (exposición de motivos). Si el pleno rechaza la aprobación de decisiones "que tienen la máxima trascendencia", según la exposición de motivos de la Ley Orgánica 8/1999, el alcalde (o presidente provincial) puede presentar la cuestión de confianza vinculada a aquellas decisiones. La aprobación de la cuestión conlleva la del asunto vinculado. La falta de aprobación supone, en unos casos (reglamento orgánico, ordenanzas fiscales, planeamiento general y plan provincial de cooperación), el cese del alcalde (o presidente). En otros (presupuestos generales), obliga a la oposición a plantear una moción de censura con candidato alternativo a alcalde (o presidente). Si en el plazo de un mes tal moción no se plantea o no prospera, el alcalde (o presidente) se mantendrá en el cargo y el pro-

yecto de presupuestos se entenderá aprobado automáticamente por ministerio de la ley (arts. 197 bis y 207.4 LOREG). Consecuentemente, en situaciones de gobierno minoritario, el pleno sigue siendo competente para aprobar los presupuestos y la oposición sigue pudiendo resistirse a permitir su adopción. Ahora bien, esa oposición política debe terminar por ponerse de acuerdo en el concejal que ha de ocupar la alcaldía y elaborar otro proyecto de presupuestos, si quiere evitar la aprobación ope legis del rechazado por ella. De modo que esta regulación no sustrae estrictamente los presupuestos a la competencia del pleno ni al correspondiente procedimiento deliberativo; propicia, justamente, la búsqueda de acuerdos dentro del pleno mediante mecanismos deliberativos como remedio a las situaciones de bloqueo institucional.

A la vista de todo lo razonado, cabe concluir que las ventajas (eventuales e indirectas) para la estabilidad presupuestaria propiciadas en algunos casos por la disposición adicional decimosexta LBRL no superan ampliamente –ni compensan mínimamente– los relevantes perjuicios causados al principio democrático. Ciertamente, no puede excluirse en abstracto la no inconstitucionalidad de otras hipotéticas regulaciones que, aquilatando de otro modo y más precisamente las circunstancias que determinan que la junta de gobierno local deba ser competente (o ampliando las decisiones locales a las que quepa vincular aquella cuestión de confianza), pudieran llegar a reducir el sacrificio impuesto al principio democrático a la vez que producir el nivel de beneficio en otros bienes capaz de contrarrestarlo. Ahora bien, tales regulaciones no son las sometidas a nuestro enjuiciamiento. En lo que ahora importa, la disposición aquí controvertida establece una solución que vulnera el principio democrático al imponer sobre él un sacrificio muy relevante que no puede entenderse justificado en otros valores, bienes o principios.

e) El Abogado del Estado alega, en fin, que, cumplidas las condiciones formales indicadas (que la corporación cuente con junta de gobierno; que se produzca al menos una primera votación fallida en el pleno de la corporación; y, en el caso del presupuesto, que exista previamente uno prorrogado), la disposición adicional decimosexta LBRL no impone automáticamente la traslación competencial. Esta estaría subordinada, además, al cumplimiento de unas –inexpresadas– condiciones materiales. El precepto enunciaría estas condiciones materiales de modo implícito, a través del término "excepcionalmente"; afirma el Abogado del Estado que esta palabra es suficientemente expresiva de que la traslación competencial se impone solo

en supuestos en que está verdaderamente en juego la estabilidad presupuestaria.

Sin embargo, la disposición adicional decimosexta LBRL establece muy claramente que, cumplidas aquellas condiciones formales, la junta de gobierno "tendrá la competencia". Esta previsión es una excepción a la regla –ahora general– que atribuye la responsabilidad al pleno de la corporación; de ahí que el precepto controvertido abra con el término "excepcionalmente", sin que la mención pueda interpretarse como una remisión a circunstancias o condiciones materiales que haya de establecer o concretar la junta de gobierno local. Tal como hemos declarado en relación con otros preceptos de la Ley 27/2013, el tenor literal del precepto enjuiciado "es concluyente y no concede margen a una interpretación conforme" [STC 41/2016, FJ 13 c)].

En todo caso, aunque la interpretación propuesta pudiera llegar a aceptarse, no por ello la disposición adicional decimosexta LBRL dejaría de incurrir en inconstitucionalidad. El supuesto de hecho que acarrearía la traslación competencial como consecuencia jurídica estaría regulado de modo excesivamente abierto a través del término "excepcionalmente". La previsión impugnada podría aplicarse a situaciones críticas de gobierno en minoría y déficit presupuestario, pero no solo; también, a cualesquiera otras circunstancias que la junta de gobierno considerara "excepcionales". Por eso, así interpretada, la disposición es tan abierta e indeterminada que no permite siquiera identificar los principios o bienes que podrían llegar a justificar los relevantes sacrificios impuestos al principio democrático.

En conexión con lo anterior, la previsión impugnada, interpretada en el sentido propuesto por el Abogado del Estado, atribuiría a la junta de gobierno local márgenes demasiado amplios para definir su propia competencia con relación a aquella relevante serie de instrumentos. En asuntos de esta naturaleza, en que está claramente afectado el principio democrático, el legislador (básico) es quien debe perfilar de modo "acabado" el supuesto de hecho (en este sentido, en relación con el régimen de mayorías: STC 33/1993, FJ 3); debe establecer de la manera más clara posible las soluciones matizadas que busquen el punto de equilibrio entre los bienes en juego, sin remitir la definición precisa de la titularidad de la competencia a los propios "ejecutivos" locales, máxime si se tiene en cuenta el elevado número de entes que compone el mapa local español, que propicia la proliferación de las más diversas aplicaciones e interpretaciones. Por lo demás, vale también aquí cuanto se ha razonado en torno al carácter eventual e indirecto de los benefi-

cios resultantes para el principio de estabilidad presupuestaria y la existencia dentro del ordenamiento jurídico de mecanismos que tratan de evitar las situaciones de bloqueo institucional sin detrimentos sobre el principio democrático.

f) Procede, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de la disposición adicional decimosexta LBRL, introducida por el art. 1.38 de la Ley 27/2013. De conformidad con el art. 40.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), esta declaración "no permitirá revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada" en los que se haya hecho aplicación de la mencionada disposición. Correspondiendo a este Tribunal precisar los efectos de la nulidad (STC 45/1989, de 20 de febrero), razones de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) imponen en este caso acotar todavía más esos efectos: la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la disposición controvertida habrá de producir efectos ex nunc, a partir de la publicación de la presente Sentencia, sin que, por tanto, resulten afectados por esta los presupuestos, planes y solicitudes ya aprobados por juntas de gobierno locales ni los actos sucesivos adoptados en aplicación de los anteriores, hayan o no devenido firmes en la vía administrativa.

9. El segundo bloque de impugnaciones se refiere a la ordenación de las competencias provinciales que, en términos del preámbulo de la Ley 27/2013, pretende "reforzar el papel de las diputaciones" junto a "cabildos, consejos insulares o entidades equivalentes". A continuación recogemos sucintamente la doctrina constitucional relativa a las competencias provinciales.

La Constitución garantiza autonomía a la provincia para la gestión de sus intereses (art. 137 CE) sin precisar "cuáles sean estos intereses ni cuál el haz mínimo de competencias que para atender a su gestión debe el legislador atribuir a la provincia" (STC 32/1981, FJ 3). La "concreta configuración institucional de la autonomía provincial corresponde al legislador", que "debe especificar y graduar las competencias provinciales teniendo en cuenta la relación entre intereses locales y supralocales en los asuntos que conciernan a la comunidad provincial" (STC 27/1987, de 2 de marzo, FJ 2). Las competencias de la diputación serán, pues, las que decidan atribuirle el Estado y las comunidades autónomas, cada cual en el marco de sus competencias, sin perjuicio de la garantía constitucional de la autonomía provincial [SSTC 214/1989, FJ 3 a); y 41/2016, FJ 9]. A este respecto, la doctrina constitucional ha precisado que las competencias instrumentales –aquellas que tienen al municipio por destinatario inmediato–, entroncan directamente con la

Constitución: "el apoyo a los Municipios radicados en su ámbito territorial" constituye el "núcleo" de la actividad de la provincia, "en cuanto entidad local determinada por la agrupación de Municipios (art. 141.1 C.E)" cuya autonomía presenta "rasgos y perfiles específicos" respecto de la municipal (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2).

El art. 149.1.18 CE ampara una ordenación básica de las condiciones con que el Estado y las comunidades autónomas han de atribuir competencias a las diputaciones provinciales [SSTC 214/1989, FJ 3 a) y b); 159/2001, FJ 4, y 121/2012, FJ 7]. Las bases del régimen local pueden llegar incluso a prefigurar específicamente el poder local y atribuir directamente competencias locales cuando ello no suponga un obstáculo a las competencias que corresponden a las comunidades autónomas o para "garantizar un núcleo homogéneo de derechos prestacionales del vecino" (STC 41/2016, FJ 9). Respecto de las competencias provinciales, en particular, está al alcance del legislador básico "disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes", sin llegar a "eliminarlas por entero" (STC 109/1998, FJ 2, citando la STC 32/1981, FJ 3).

Una redefinición al alza de las competencias provinciales por parte del legislador básico estatal puede conllevar lógicamente una redefinición a la baja de las competencias municipales y que el resultado de todo ello sea una dinamización de la garantía constitucional de la autonomía provincial (arts. 137 y 141 CE), compatible con la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Esta es una opción constitucionalmente posible, sin perjuicio de que los arts. 137 y 140 CE obligan en todo caso a asegurar que los municipios intervengan en los asuntos que les afectan con un grado de participación tendencialmente correlativo a la intensidad de sus intereses [STC 41/2016, FJ 11 b)].

Así resulta de lo razonado en la STC 32/1981, FJ 3: "la Constitución prefigura, como antes decíamos, una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía; las comunidades autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito. Prescindiendo ahora de otras consideraciones, es lo cierto que si el poder público ha de distribuirse entre más entes que los anteriormente existentes, cada uno de estos ha de ver restringida lógicamente parte de la esfera de dicho poder que tenía atribuida. En definitiva, hay que efectuar una redistribución de competencias en función del respectivo interés entre

las diversas entidades, para que el modelo de Estado configurado por la Constitución tenga efectividad práctica".

La STC 103/2013, FJ 5 c), lo ha declarado específicamente al desestimar el recurso interpuesto contra la letra c) del art. 36.1 LBRL, cuya redacción anterior –que en este punto se mantiene en la actualmente en vigor–, atribuía a las diputaciones provinciales la prestación de servicios de carácter supramunicipal: es cierto "que la ampliación de las competencias provinciales podría incidir en el ámbito de autonomía que tienen legalmente consagrada municipios y consejos comarcales, pero también lo es que la atribución de la nueva competencia afecta directamente al círculo de los intereses provinciales. Al existir distintas entidades locales superpuestas sobre una misma base territorial, la definición del modelo de autonomía de cada una de ellas incidirá, necesariamente, en el resto, sin que desde el punto de vista constitucional, haya más limitaciones a la hora de configurar el modelo básico de autonomía que las que vienen determinadas por el respeto al contenido esencial de la autonomía provincial, y el respeto al contenido esencial de la autonomía de esas otras entidades locales en las que inciden que, para el caso de las comarcas, no es una autonomía constitucionalmente garantizada en cuanto que la decisión sobre su propia existencia no depende de la Constitución sino de las comunidades autónomas".

Por último, no está de más recordar que la Ley Orgánica del régimen electoral general, de acuerdo con una arraigada tradición histórica y en consonancia con una concepción instrumental de la provincia, ha optado por que el pleno de esta corporación local cuente con legitimidad democrática indirecta: los miembros de la diputación provincial son elegidos de entre los concejales municipales en los términos previstos en los arts. 202 a 209 LOREG. No nos corresponde valorar la conveniencia u oportunidad de este sistema en sí ni dentro de un contexto de reformas tendente a reforzar el papel institucional de las diputaciones. Lo exclusivamente relevante a nuestros efectos es constatar que la Constitución, a la vez que garantiza la autonomía de la provincia (art. 141.1 CE), exigiendo del legislador las intervenciones que la materialicen, deja deliberadamente abierto el tipo de legitimidad (directa o indirecta) que exige su carácter representativo (art. 141.2 CE). De acuerdo con la STC 38/1983, de 16 de mayo, FFJJ 6 y 7, el modelo de legitimidad democrática concretamente establecido para la provincia en la Ley Orgánica del régimen electoral general es uno de los constitucionalmente posibles. Esta Sentencia, lejos de discutirlo, confirmó

la validez de sus reglas (en cuanto al reparto de diputados provinciales entre partidos judiciales) porque "lo que es difícil fundamentar es que al actuar de tal modo no se haya respetado el texto constitucional, que en concreto nada disciplina al respecto" (FJ 7). La STC 103/2013, FJ 6, ha desarrollado esta idea: "si como hasta ahora hemos señalado, el principio representativo constituye el fundamento de la autonomía local y por tanto es predicable de todas las entidades locales constitucionalmente garantizadas, este principio ha sido consagrado para los municipios con una intensidad especial, mediante una regulación bastante más minuciosa, que contrasta con la menor densidad normativa con que la norma fundamental lo ha recogido para islas y provincias. En efecto, si el carácter representativo de los órganos de dirección política de las islas deriva directamente de la garantía institucional de la autonomía local consagrada en el art. 137 CE, el art. 141.2 CE prevé, ya expresamente, para las provincias, que su gobierno y administración autónoma estarán encomendados a diputaciones u otras corporaciones de carácter representativo. Pero, para los municipios, el art. 140 CE, va aún más allá, al atribuir el gobierno y administración a los ayuntamientos, integrados por alcaldes y concejales, imponiendo la elección democrática de sus integrantes".

10. Respecto de los preceptos de la Ley 27/2013 relacionados con las competencias provinciales materiales, la Junta de Andalucía no discute que el legislador básico siga atribuyendo a la diputación, como competencia provincial propia, "la prestación de servicios de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal" [letra c), primer inciso, de la nueva redacción del art. 36.1 LBRL, que coincide en este punto con lo previsto en la redacción anterior]. Discute algunas de las atribuciones introducidas en ese artículo para especificar o concretar aquella previsión general: el tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5000 habitantes; y la prevención y extinción de incendios en los de menos de 20 000 habitantes. Tales servicios corresponderán a la diputación provincial cuando el ayuntamiento no proceda a su prestación [letra c), in fine].

El Estado habría traspasado los márgenes de su título competencial (art. 149.1.18 CE), vulnerando las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de régimen local (arts. 60, 92 y 96 del Estatuto de Autonomía de Andalucía). Habría infringido igualmente la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Se destaca que las atribuciones previstas en el art. 36 LBRL, a diferencia de las reguladas en el art. 26.2 LBRL –también

impugnado– ni siquiera sujetan su ejercicio a la "conformidad del municipio".

La Ley reguladora de las bases del régimen local configura el tratamiento de residuos, por un lado, y la prevención y extinción de incendios, por otro, como prestaciones básicas que los vecinos pueden exigir a los municipios. En particular, el art. 26.1 LBRL –que en este punto conserva la redacción anterior– los establece como servicios obligatorios en municipios que alcanzan determinado umbral poblacional; umbral cuya superación permite suponer que el ayuntamiento dispondrá de la capacidad para una gestión adecuada en términos de calidad, eficacia y eficiencia: el tratamiento de residuos es obligatorio en municipios de más de 5000 habitantes [letra a)], y los servicios de prevención y extinción de incendios lo son en municipios de más de 20 000 habitantes [letra c)]. Naturalmente, el art. 26.1 LBRL no impide que los municipios que no alcanzan esas barreras poblacionales desarrollen también estos servicios. No les impone la obligación de establecerlos, simplemente; la legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales, podrán configurar tales servicios como municipales [STC 41/2016, FFJJ 10 b) y e), 12 b), 13 c)].

El impugnado art. 36.1, letra c) in fine, LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013, se refiere, precisamente, a la gestión de estos servicios en el ámbito territorial de municipios que no alcanzan aquellos niveles poblacionales. Tales servicios, aunque el legislador básico no los haya configurado en este caso como servicios municipales mínimos, son igualmente indispensables desde la perspectiva del vecino. La previsión recurrida establece por ello que, si los ayuntamientos no los prestan, la diputación provincial podrá hacerlo con carácter subsidiario: "en particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20 000 habitantes, cuando estos no procedan a su prestación". De modo que la diputación provincial llevará a cabo la gestión de estos servicios si el municipio no ha recibido el encargo de hacerlo (porque no tenga atribuida la competencia o ni la ejerza por delegación) o si, habiéndolo hecho, no lo ejerce efectivamente.

A la vista de la doctrina constitucional sistematizada en el fundamento jurídico anterior y en la STC 41/2016, FJ 9, no cabe dudar del carácter básico de esta regulación. Se está ante desarrollos de una competencia establecida genéricamente –"la prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal"– que ya

estaba prevista en la legislación anterior y cuyo carácter básico ex art. 149.1.18 CE ya declaró la STC 103/2013, FJ 5 c). La competencia para adoptar las bases del régimen local permite al Estado adoptar una regulación como la enjuiciada, que se apoya en la diputación provincial con el fin de asegurar que también los vecinos de zonas rurales o menos pobladas puedan acceder a servicios indispensables.

Resulta, igualmente, evidente que la regulación impugnada no compromete la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE). Al configurar la intervención provincial como subsidiaria de la municipal, no produce estrictamente una injerencia –ni legítima ni ilegítima– en la autonomía municipal. Ciertamente, la Ley reguladora de las bases del régimen local no define con precisión los presupuestos y las condiciones de la asunción provincial ni el procedimiento para articularla, pero ello no resulta en sí problemático en el contexto de una legislación básica que admite el desarrollo autonómico y en el que concurre legislación sectorial del Estado y, en su caso, de las comunidades autónomas (como sucede precisamente en materia de tratamiento de residuos así como de prevención y extinción de incendios) [en este sentido, SSTC 271/2015, de 17 de diciembre, FJ 5 a), y 41/2016, FJ 7 c)]. Del mismo modo, la legitimidad democrática indirecta con que cuenta la diputación provincial podrá discutirse políticamente, pero, siendo una opción constitucionalmente posible, no puede alzarse en obstáculo a intervenciones del legislador básico favorables a una ampliación de las competencias provinciales.

Procede, en consecuencia, desestimar la impugnación de la letra c), in fine, del art. 36.1 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013.

11. La Junta de Andalucía recurre varias previsiones relacionadas con la modalidad competencial más característica de la diputación provincial, la que abarca tareas dirigidas directa o principalmente a otros entes locales, singularmente municipios (coordinación, asistencia y cooperación). Analizaremos primero la impugnación de la letra g) del art. 36.1 LBRL (en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013), conforme a la que corresponde a la diputación provincial, como competencia propia, "la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes". Vulneraría las competencias de la Junta de Andalucía (arts. 60, 92 y 96 EAAnd) y la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE) por las mismas razones que el precepto examinado en el fundamento jurídico anterior.

La previsión impugnada en modo alguno transfiere en bloque a la diputación provincial toda la prestación de servicios de administración electrónica y de la contratación de municipios de menos de 20 000 habitantes; una traslación semejante, general e indiscriminada, ni la pretende el legislador ni resultaría compatible con la potestad de autoorganización inherente a la autonomía constitucionalmente garantizada a todos los municipios (art. 137 CE), también a los de menores dimensiones. En realidad, el art. 36.1, letra g), LBRL, se ha limitado a incluir atribuciones nuevas que especifican la más general de "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión", que estaba –y sigue– estando prevista como base del régimen local [art. 36.1, letra b), LBRL]. Hay que tener en cuenta, además, que el art. 31.2 a) LBRL dispone como fines propios y específicos de las diputaciones provinciales los de "garantizar los principios de solidaridad y equilibrio intermunicipales" y, de modo particular, el de "asegurar la prestación integral y adecuada en la totalidad del territorio provincial de los servicios de competencia municipal". Por ello, lo que pretende el precepto es dar efectividad a la prestación de unos servicios que exigen la aplicación de tecnología informática (en el caso de la administración electrónica) o técnico-jurídica (en el supuesto de la contratación centralizada) que los municipios de pequeña o mediana población (hasta 20 000 habitantes), pueden no estar en condiciones de asumir. En definitiva, se trata de que la diputación provincial cumpla su función institucional más característica prestando apoyo a estos municipios en las tareas que desempeñan relacionadas con la contratación y la llamada administración electrónica. Solo en este sentido, que se desprende naturalmente de interpretación conjunta de los citados artículos de la Ley reguladora de las bases del régimen local, puede entenderse el precepto impugnado.

Hay que tener en cuenta, que el art. 149.1.18 CE autoriza una legislación básica estatal que desarrolle "el apoyo a los Municipios" como "núcleo" de la actividad de la provincia, "en cuanto entidad local determinada por la agrupación de Municipios (art. 141.1 C.E)" con autonomía constitucionalmente garantizada (STC 109/1998, de 21 de mayo, FJ 2). A su vez, las tareas provinciales de cooperación con (o asistencia al) municipio, lejos de vulnerar la autonomía municipal, contribuyen a facilitar su desarrollo efectivo, por lo que no pueden entenderse infringidos los arts. 137 y 140 CE.

Por tanto, procede desestimar la impugnación de la letra g) del art. 36.1 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013, en esta interpretación conforme, que será llevada al fallo.

12. La Junta de Andalucía impugna varias previsiones que reiteran o desarrollan la competencia provincial de "coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada", que, incluida ya en la anterior redacción del art. 36.1 LBRL, se mantiene en la nueva [letra a)].

a) La letra c) del art. 36.1 LBRL –además de incluir la referencia ya examinada a servicios de interés supramunicipal y supracomarcal–, establece que corresponde a la Diputación Provincial, como competencia propia, la "coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial". La Junta de Andalucía razona también en este caso que hay extralimitación de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18 CE con vulneración de las competencias estatutarias de la Comunidad Autónoma (arts. 60, 92 y 96 EAAnd) y la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE).

La STC 214/1989, FJ 18, realizó dos precisiones relevantes a este respecto. En primer lugar, aisló la "coordinación" como concepto constitucional diferenciado de la "cooperación" (o "coordinación voluntaria"). Solo la primera implica un "límite efectivo al ejercicio de las competencias" de otro; "toda coordinación conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado"; "por ello mismo, debe venir, en efecto, amparada en la pertinente atribución competencial". En segundo lugar, la indicada Sentencia constató que "la diferencia existente entre las técnicas de cooperación y las de coordinación encuentra, en efecto, una adecuada expresión en la LBRL".

El art. 36.1 LBRL, desde su redacción originaria, refleja, en efecto, la cooperación y la coordinación como competencias provinciales diferenciables. Si la primera estaba y sigue prevista en la letra b), la segunda estaba y sigue prevista en la letra a), que atribuye a la diputación como competencia propia "la coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada". Tal como recuerda la STC 41/2016, FJ 9, este Tribunal, en la STC 214/1989, FJ 3 a), no se pronunció directamente sobre esta letra –no fue impugnada–, pero vino a juzgarla legítima en términos constitucionales: "al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las entidades locales deberán atribuírseles competen-

cias e, incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar. Así, se prevé para los municipios en los arts. 25.2 y 26 y para las provincias en el art. 36, sin que, por lo demás, tales previsiones hayan sido objeto de impugnación alguna". Después, la STC 109/1998, FJ 3, se pronunció ya de modo directo sobre la letra a) del art. 36.1 LBRL, reputándola materialmente básica ex art. 149.1.18 CE porque sirve para delimitar "las atribuciones de las diputaciones provinciales y contemplan la actividad instrumental para su ejercicio".

La nueva "coordinación de la prestación unificada de servicios de los municipios de su respectivo ámbito territorial" [letra c) del art. 36.1 LBRL] es una mención genérica a facultades provinciales de coordinación muy similar a la clásica "coordinación de los servicios municipales entre sí para la garantía de la prestación integral y adecuada" [letra a)]. Las razones que llevaron a este Tribunal a entender que el art. 149.1.18 CE proporciona cobertura a la competencia provincial de coordinación prevista en la letra a) del art. 36.1 LBRL han de conducir ahora a la misma conclusión respecto de la competencia provincial de coordinación que enuncia genéricamente la letra c) del art. 36.1 LBRL. Según se ha razonado ya, este título permite al Estado atribuir competencias a las diputaciones provinciales y, en particular, facultades de coordinación de la actividad municipal, orientadas a "flexibilizar y prevenir disfunciones derivadas del propio sistema de distribución de competencias" (STC 214/1989, FJ 18).

A su vez, tampoco en este caso hay vulneración de la garantía constitucional de la autonomía municipal (art. 137 CE). Ciertamente, la indicada competencia provincial de coordinación de servicios municipales está prevista en términos generalísimos. Sin embargo, ello no contrasta con las exigencias de predeterminación normativa y proporcionalidad que el reconocimiento constitucional de autonomía impone a la coordinación, como "límite efectivo" al ejercicio de las competencias municipales expresivo de "cierto poder de dirección" de la diputación, "consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado", dicho en términos de la STC 214/1989, FJ 18. Según lo ya razonado, esta ausencia de precisión o determinación no puede entrañar un problema en el contexto de una regulación afirmada como básica y, por tanto, incompleta o necesitada del complemento autonómico; a la que se añade la legislación sectorial del Estado y las comunidades autónomas, que es la encargada de definir concretamente las competencias locales [SSTC 214/1989, FJ 3,

letras a) y b) y c); 41/2016, FJ 9]. Por lo demás, la propia Ley reguladora de las bases del régimen local incluye previsiones algo más específicas sobre las facultades provinciales de coordinación, algunas de las cuales han sido impugnadas.

En consecuencia, procede desestimar todos los motivos de inconstitucionalidad dirigidos contra la letra c) del art. 36.1 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013.

b) El art. 116 ter LBRL, introducido por el art. 1.31 de la Ley 27/2013, obliga a las entidades locales a, por un lado, calcular el "coste efectivo" de sus servicios conforme a una serie de criterios –que una orden ministerial habrá de desarrollar– y, por otro, comunicar el cálculo resultante al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para su publicación. Se recurre por las "consecuencias jurídicas altamente perniciosas para la autonomía municipal" que otros preceptos de la Ley 27/2013 asociarían a la valoración individualizada del "coste efectivo" de cada uno de los servicios municipales. La nueva redacción del art. 26.2 LBRL –también impugnado– se apoyaría en ese "coste efectivo" para desapoderar a los municipios de menos de 20 000 habitantes de determinados servicios. También el nuevo art. 36.2 a) LBRL –recurrido igualmente–, relativo al plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal; permite la inclusión de fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos, cuando "la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella". Conectaría igualmente con el art. 116 ter LBRL, asociándole efectos "perniciosos", el –no impugnado– art. 36.1 h) LBRL, que establece como "función supervisora" de la Diputación respecto de los municipios, el "seguimiento de los costes efectivos de los servicios prestados".

La impugnación se basa en la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). La Ley 27/2013 la habría incumplido al desconocer que el "coste" de los servicios es una variable que debe depender necesariamente de su calidad. Habría de ser la orientación política de los representantes políticos –traducción de los intereses y las aspiraciones vecinales– la que determinase las decisiones relativas a los servicios municipales en términos de tanto cantidad como calidad. La mayor proximidad a la ciudadanía del nivel municipal de gobierno fundamenta que este deba tener atribuida la gestión de servicios y que aquella, a través de sus representantes, pueda condicionar la calidad de esa gestión.

El anteproyecto de la Ley impugnada regulaba el denominado "coste estándar". Tras las objeciones del Dictamen 567/2013, de 26 de junio, del Consejo de Estado, el texto definitivo ha previsto el llamado "coste efectivo", regulándolo en el precepto impugnado y utilizándolo en otras partes de su articulado para ordenar competencias provinciales de coordinación y cooperación, tal como subraya la Letrada autonómica. El art. 116 ter LBRL impone dos obligaciones a los entes locales que en modo alguno entrañan una injerencia en su autonomía: calcular el "coste efectivo" de sus servicios conforme a una serie de criterios, que habrá de desarrollar una orden ministerial (ya adoptada: Orden HAP/2075/2014, de 6 de noviembre); y comunicar el cálculo resultante al Estado para su publicación. No por ello los entes locales han visto menoscabadas sus posibilidades de intervención en los asuntos que les afectan. No hay injerencia alguna sobre su ámbito competencial; hay la imposición de una tarea de elaboración y análisis de datos con publicidad que facilita la configuración de políticas públicas en los tres niveles territoriales, además del control directo de la actividad local por parte de la ciudadanía. Podrán discutirse políticamente los criterios de cálculo y el propio concepto legal de "coste efectivo", pero es evidente que unos y otro no vulneran los arts. 137, 140 y 141 CE.

Ciertamente, no puede excluirse en abstracto que los preceptos que se sirven del concepto de "coste efectivo" regulado en el art. 116 ter LBRL vulneren la garantía constitucional de la autonomía local. No obstante, ello habrá de analizarse respecto de cada precepto concreto y, en todo caso, si la vulneración se produjera, sería imputable a ese precepto, no al art. 116 ter LBRL. Por eso procede desestimar la impugnación del art. art. 116 ter LBRL, introducido por el art. 1.31 de la Ley 27/2013.

c) El apartado 2 del art. 36 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013, establece una serie de previsiones "a los efectos de lo dispuesto en las letras a), b) y c) del apartado anterior". Se aplica, por tanto, a las tres grandes competencias atribuidas con carácter general a la diputación provincial: la "prestación de servicios públicos de carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal" (de la que nos hemos ocupado en el fundamento jurídico 10 de esta Sentencia), la "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los Municipios" (abordada en el fundamento jurídico 11) y la "coordinación" tanto "de los servicios municipales entre sí" como de su "prestación unificada" (afrontada en este fundamento jurídico).

A estos efectos, la nueva regulación, en consonancia con la anterior, dispone que la diputación (o entidad equivalente) "aprueba anualmente

un plan provincial de cooperación a las obras y servicios de competencia municipal" elaborado con participación de los municipios de la provincia y financiado con "medios propios", aportaciones municipales o subvenciones autonómicas o estatales. El plan "deberá contener una memoria" que justifique "los criterios de distribución de los fondos"; criterios que "en todo caso han de ser objetivos y equitativos y entre los que estará el análisis de los costes efectivos de los servicios de los municipios".

La Junta de Andalucía impugna el párrafo segundo del art. 36.2 a) LBRL, que dispone: "Cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos".

Entre las fórmulas posibles de "prestación unificada o supramunicipal" se hallan las técnicas de colaboración o "coordinación voluntaria", como las convencionales y asociativas; el plan provincial puede estimular la asociación voluntaria de municipios (mancomunidades) y la celebración de convenios de colaboración para la gestión compartida de sus servicios. El art. 36.2 a) LBRL habilita también la utilización de técnicas de coordinación en sentido propio o estricto. El propio art. 36.2 a) LBRL, al referirse a algunas de las condiciones que presuponen el ejercicio de esta competencia de coordinación (el menor coste de "los servicios coordinados o prestados" directamente por la diputación), da claramente a entender que atribuye a la provincia una potestad de cuyo ejercicio pueden resultar decisiones de obligado cumplimiento para los municipios de su ámbito territorial con relación a la gestión de los servicios de su titularidad.

Según la Junta de Andalucía, también en este caso el Estado habría traspasado los márgenes de su título competencial (art. 149.1.18 CE), vulnerando las atribuciones estatutarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de régimen local (arts. 60, 92 y 96 EAAnd). Habría infringido igualmente la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). Se subraya que las atribuciones previstas en el art. 36 LBRL –a diferencia de las reguladas por el también impugnado art. 26.2 LBRL– se aplican a todos los municipios –no solo a los de menos de 20 000 habitantes– y sin exigir su conformidad previa. Se dice, a su vez, que el criterio económico no parece que pueda ser el único determinante en decisiones de esta envergadura.

Por las razones varias veces indicadas, no cabe duda de que la previsión impugnada halla cobertura en la competencia estatal para adoptar

las bases del régimen local (art. 149.1.18 CE): respecto de la diputación provincial, está al alcance del "legislador básico" "disminuir o acrecentar las competencias hoy existentes" (STC 109/1998, FJ 2, citando la STC 32/1981, FJ 3). Al regular facultades de coordinación provincial de la actividad municipal, el Estado desarrolla el "núcleo" funcional característico de la diputación, en cuanto entidad local "determinada por la agrupación de Municipios" (art. 141.1 CE). Puede adoptar previsiones básicas a este respecto, delimitando "las atribuciones de las diputaciones provinciales" (STC 109/1998, FJ 2). La regulación controvertida expresa una de las opciones posibles dentro de los amplios márgenes de configuración que la Constitución atribuye al legislador básico, en particular, para elegir la forma de alcanzar objetivos constitucionales indeclinables, como son la eficiencia en el uso de los recursos públicos (art. 31.2 CE) y la estabilidad presupuestaria "como norma de conducta a la que están sujetas las entidades locales (art. 135.2 CE)" [STC 41/2016, FJ 3 a)].

Resta por determinar si hay vulneración de los arts. 137 y 140 CE. La garantía constitucional de la autonomía local no impide por sí que el legislador atribuya a la diputación provincial competencias de coordinación en sentido estricto, como "límite efectivo" al ejercicio de las atribuciones municipales (STC 214/1989, FJ 18). Los arts. 137 y 140 CE no imposibilitan esta atribución, imponen solo condiciones. Según lo ya razonado, la competencia provincial de coordinación, además de estar específicamente atribuida y suficientemente determinada, debe responder a la protección de intereses supramunicipales; una amplia indeterminación normativa equivale a confiar a la propia entidad coordinadora la forma y alcance de su "cierto poder de dirección" sobre el ente coordinado; un poder que estaría, en realidad, autoatribuido en contra de la doctrina constitucional. A su vez, el legislador, dentro de los amplios márgenes con que cuenta para diseñar fórmulas de coordinación provincial, debe asegurar que el grado de capacidad decisoria que conserve el municipio sea tendencialmente correlativo al nivel de interés municipal presente en el asunto de que se trate. Tal como recuerda la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a), "se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local 'en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias' (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4)".

En el presente caso, cabe apreciar, en primer término, que el art. 36.2 a), segundo párrafo LBRL, perfila algunos aspectos del poder de coordinación provincial a la vez que trata de proteger intereses supramunicipales sin dejar de tomar en consideración los municipales. La competencia de coordinación está legalmente atribuida –de manera muy general– en las letras a) y c) del apartado 1 del art. 36 LBRL y –de modo algo más concreto– en el propio apartado 2 a), que aísla algunos de sus elementos fundamentales: a) la coordinación se refiere, por definición, a competencias de titularidad municipal y, por tanto, a competencias cuya gestión corresponde (y debe seguir correspondiendo) a los ayuntamientos; b) la coordinación se instrumenta a través del plan provincial de cooperación; c) consiste en "fórmulas de prestación unificada o supramunicipal" cuyo contenido y alcance no se concretan; d) procede cuando los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios sean superiores a los de los servicios coordinados o prestados por la diputación; y e) debe orientarse a la reducción de los costes efectivos. A su vez, el legislador básico, al atribuir estas facultades de coordinación, pretende proteger intereses supramunicipales, singularmente, la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria (arts. 31.2 y 135 CE).

Funcionan, en fin, tres modalidades de intervención o participación municipal. En primer lugar, según hemos dicho ya, la coordinación tiene por objeto, naturalmente, competencias de titularidad municipal; "no supone ... una sustracción o menoscabo de las competencias de las entidades sometidas a la misma", "antes bien, presupone lógicamente la titularidad de las competencias en favor de la entidad coordinada" (SSTC 27/1987, FJ 2; 194/2004, de 4 de noviembre, FJ 8, y 178/2015, de 7 de septiembre, FJ 9). Ello implica que quien ejerza la competencia coordinada será siempre el propio ayuntamiento. En segundo término, los municipios de la provincia "deben participar" específicamente en la elaboración del plan provincial y, por tanto, en el diseño mismo de las fórmulas de coordinación [art. 36.2 a) LBRL]. Y, en tercer lugar, a través de los concejales municipales que forman parte de la diputación (arts. 202 a 209 LOREG), los ayuntamientos intervienen de algún modo, no solo en la elaboración del plan de cooperación, sino también en la aplicación y desarrollo de las facultades de coordinación; el sentido de que los municipios –no los ciudadanos– sean quienes estén directamente representados en los órganos provinciales de gobierno es, precisamente, en términos de principio, que los municipios son los destinatarios principales o directos de este tipo de com-

petencias, característico de la provincia como entidad local "determinada por la agrupación de municipios" (art. 141.1 CE).

Ahora bien, el art. 36.2 a) LBRL no predetermina suficientemente la competencia provincial atribuida ni precisa los detalles que pudieran garantizar que las fórmulas de gestión "unificada" que efectivamente se impongan asegurarán al ayuntamiento márgenes decisorios tendencialmente correlativos a la intensidad de los intereses municipales implicados. Nada dice sobre qué fórmulas han de establecerse en concreto ni qué circunstancias exigen promover las más livianas (p. ej., estímulos a la creación de mancomunidades) o las más penetrantes (p. ej., imposición de fórmulas de gestión indirecta). La previsión impugnada tiene un grado tal de indeterminación que, en abstracto, admite que la coordinación se concrete en el ejercicio de facultades virtualmente autoatribuídas, esto es, que el alcance del "cierto poder de dirección" que implica la coordinación sea decidido por la propia diputación. El precepto admite también, en principio, el desarrollo de técnicas de coordinación perfectamente compatibles con la autonomía municipal y todo lo contrario.

Consecuentemente, el párrafo segundo del art. 36.2 a) LBRL sería contrario a los arts. 137 y 140 CE si fuera interpretado como previsión que atribuye por sí unas facultades de coordinación cuyo concreto alcance hubiera de fijar la propia diputación a través de los correspondientes planes de cooperación. Sin embargo, esta interpretación ha de excluirse, habida cuenta de que hay otra que, siendo igualmente razonable, resulta conforme a la Constitución.

De acuerdo a esa otra interpretación, el art. 36.2 a) LBRL es una previsión básica que, en cuanto tal, no pretende ni puede pretender agotar la regulación de la materia. Se refiere a una submateria –competencias locales– en la que las comunidades autónomas disponen de amplios márgenes de desarrollo y en la que, en todo caso, concurren regulaciones sectoriales [STC 41/2016, FJ 7 c)]. Bajo esta perspectiva, la ausencia de precisión característica de la previsión impugnada no resulta en sí problemática desde la perspectiva de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). En este sentido, puede entenderse que, en ausencia de indicaciones básicas más precisas en torno al alcance de las facultades de coordinación de la diputación provincial, la legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales hayan de concretarlas. Tales regulaciones habrán de predeterminar suficientemente aquellas facultades ajustándose a las prescripciones básicas (que obligan a tomar en consideración el "coste efectivo") y a la

Constitución (que obliga a asegurar que la capacidad decisoria municipal sea tendencialmente correlativa al nivel de interés municipal involucrado). La previsión impugnada debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que precisa de complementos normativos que, en todo caso, deben dejar márgenes de participación a los municipios. Todo ello no condiciona en absoluto, naturalmente, que, frente a estas regulaciones (y los propios planes provinciales) que pudieran vulnerar la indicada serie de exigencias ex arts. 137 y 140 CE, podrán, en su caso, utilizarse las vías procesales oportunas a fin de restablecer la garantía de autonomía municipal constitucionalmente garantizada (en parecido sentido, con relación a las facultades de coordinación previstas en el art. 59 LBRL, STC 214/1989, FJ 21).

Corresponde, en consecuencia, declarar que, así entendido, el art. 36.2, letra a), párrafo segundo, LBRL, en la redacción dada por el art. 1.13 de la Ley 27/2013, no es inconstitucional. Esta interpretación de conformidad se llevará al fallo.

d) El art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013, se refiere a los siguientes servicios: a) recogida y tratamiento de residuos; b) abastecimiento de agua potable a domicilio así como evacuación y tratamiento de aguas residuales; c) limpieza viaria; d) acceso a los núcleos de población, pavimentación de vías urbanas y alumbrado público.

Todos estos servicios –salvo el tratamiento de aguas residuales– están previstos como servicios municipales mínimos (art. 26.1 LBRL) o, más precisamente, como prestaciones que, necesariamente, deben proporcionar todos los municipios o, al menos, los de más de 5000 habitantes, en el caso del tratamiento de residuos. Se está, pues, ante competencias que el legislador básico ha atribuido específica y directamente a los ayuntamientos.

El controvertido art. 26.2 LBRL no niega la titularidad municipal de estos servicios; se limita a prever la intervención de la diputación provincial en la gestión que lleven a cabo los municipios de menos de 20 000 habitantes. Tal intervención consiste, según el tenor de la norma, en una "coordinación" adoptada "con la conformidad de los municipios afectados" y concretada en el siguiente elenco –no taxativo– de técnicas posibles: "la prestación directa por la Diputación o la implantación de fórmulas de gestión compartida a través de consorcios, mancomunidades u otras fórmulas".

El precepto establece, en particular, que las técnicas de "coordinación" estarán previstas en un plan que, elaborado por la diputación provincial

con la conformidad de los municipios afectados, aprueba el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe preceptivo de la Comunidad Autónoma, si es esta Administración la que ejerce la tutela financiera (párrafo segundo). Si la fórmula –decidida por el Ministerio con audiencia a la Comunidad Autónoma, a propuesta de la provincia y con el consentimiento previo del Ayuntamiento– consistiera en la gestión del servicio en el nivel provincial, la diputación "repercutirá a los municipios" su "coste efectivo" "en función de su uso" o, si se financiara con tasas, será ella quien las reciba (párrafo cuarto). El municipio que en su momento consintió la propuesta provincial, si quiere recuperar la gestión incondicionada puede hacerlo, pero cumpliendo la exigencia siguiente: debe justificar ante la diputación que puede prestar el servicio a un menor coste efectivo (párrafo tercero).

A la vista de la impugnación desarrollada por la Junta de Andalucía, conviene aclarar, en primer término, que la regulación controvertida suscita una serie de consideraciones que deben quedar necesariamente al margen de nuestro enjuiciamiento. No nos corresponde valorar la conveniencia de una regulación cuya complejidad es directamente proporcional a la relevancia de los servicios implicados, típicamente municipales y, en efecto, indispensables para el desenvolvimiento de la vida urbana. Tampoco cabe emitir un juicio de constitucionalidad sobre la técnica legislativa empleada; el legislador llama "coordinación" a fórmulas que la doctrina constitucional denomina "colaboración", "cooperación" o, todo lo más, "coordinación voluntaria". La incongruencia denunciada por el recurrente desborda igualmente el control de constitucionalidad que nos corresponde.

Hemos de responder solo la cuestión de si la regulación controvertida desconoce la garantía constitucional de la autonomía municipal (arts. 137 y 141 CE) y las competencias estatutarias de la Junta de Andalucía, que son las únicas vulneraciones estrictamente jurídico-constitucionales razonadas en el recurso. Según la demandante, el precepto vaciaría el núcleo esencial de la autonomía local a la vista del arraigo y relevancia de los servicios coordinados y de que los municipios con menos de 20 000 habitantes representan el 96,19 por 100 de las entidades locales españolas. Se afirma, también, que el criterio económico no parece que pueda ser el único determinante en decisiones de esta envergadura. Además, el Estado estaría atribuyéndose una competencia ejecutiva que desborda las bases del régimen local con vulneración consecuente de las competencias estatutarias de las comunidades autónomas.

Tampoco el art. 26.2 LBRL determina precisamente las circunstancias habilitantes de una u otra técnica de "coordinación" (voluntaria). Sin embargo, ello no pone en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto, también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios. Hay una posible pérdida de autonomía, pues el municipio puede quedar sujeto a la técnica de "coordinación" correspondiente y, en ese caso, solo podría revertir la situación justificando el menor coste efectivo de la gestión incondicionada. Sin embargo, esa pérdida es consentida y, en cuanto tal, no lesiva de la garantía consagrada en los arts. 137 y 141 CE. La pérdida de autonomía municipal se producirá solo eventualmente y únicamente si la acepta el ayuntamiento o, lo que es lo mismo, "con la conformidad de los municipios afectados".

A este respecto, hay que hacer notar que la competencia provincial regulada en el art. 26.2 LBRL se corresponde con la sucintamente enunciada en el art. 36.1 h) LBRL, cuyo tenor tampoco arroja dudas sobre el carácter voluntario o consentido de estas fórmulas (llamadas) de coordinación: "Cuando la Diputación detecte que estos costes son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, ofrecerá a los municipios su colaboración para una gestión coordinada más eficiente de los servicios que permita reducir estos costes". Por lo demás, conectan directamente con estas fórmulas voluntarias los estímulos financieros previstos en la disposición adicional decimoquinta, sobre "gestión integrada o coordinada de servicios", del Real Decreto Legislativo 2/2004, en la redacción dada por el art. 2.5 de la Ley 27/2013.

No puede excluirse en abstracto que los planes provinciales que sean aprobados al amparo de la norma legal de referencia, eventualmente, puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura el art. 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) afectaría estrictamente, no al impugnado

art. 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de "conformidad" que este impone. Por consiguiente, desde la perspectiva de la autonomía local, el precepto analizado no es inconstitucional.

Corresponde ahora determinar si la regulación enjuiciada vulnera las competencias que tienen estatutariamente atribuidas las comunidades autónomas. Respecto del régimen local, el art. 149.1.18 CE autoriza al Estado a adoptar normas, pero sin agotar la disciplina. La competencia alcanza solo a la regulación, y ni siquiera toda ella; está limitada a las bases y no a la función ejecutiva [por todas, SSTC 214/1989, FJ 1; y 41/2016, FFJJ 3 a), 5, 6 c) y 7 c)]. Consecuentemente, el art. 26.2, párrafo segundo LBRL, al atribuir la indicada función al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, no puede ampararse en este título competencial.

Respecto de los concretos servicios sometidos al plan de aprobación ministerial, el Estado carece también de las competencias sectoriales que pudieran dar cobertura a la tarea ejecutiva que ha querido atribuirse en el párrafo segundo del art. 26.2 LBRL. Son las comunidades autónomas quienes tienen conferidas las competencias ejecutivas en las materias a las que se refiere la mayor parte de los servicios enumerados en el art. 26.2 LBRL: "gestión en materia de protección del medio ambiente" (art. 148.1.9 CE), "sanidad e higiene" (art. 148.1.21 CE), proyección, construcción y explotación de los "aprovechamientos hidráulicos" y "aguas minerales y termales" (art. 148.1.10 CE), "ordenación del territorio, urbanismo y vivienda" (art. 148.1.3 CE), "ferrocarriles y carreteras cuyo itinerario se desarrolle íntegramente por el territorio de la Comunidad Autónoma" (art. 148.1.5 CE) y "obras públicas de interés de la Comunidad Autónoma en su propio territorio" (art. 148.1.4 CE). El art. 149.1.23 CE reconoce al Estado competencia en materia de medio ambiente, pero esta alcanza solo a las bases, sin que, por tanto, estas pueda dar cobertura a tareas de ejecución como la ahora enjuiciada (por todas, STC 33/2005, de 17 de febrero, FFJJ 8 y 9). Otro tanto cabe afirmar respecto de los títulos coordinación general y bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE) (SSTC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2; 42/1983; de 20 de mayo FJ 3).

En consecuencia, debemos declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los siguientes incisos del art. 26.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.9 de la Ley 27/2013: "al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas" y "para reducir los costes efectivos de los servicios el mencionado Ministerio decidirá sobre la propuesta formulada que

deberá contar con el informe preceptivo de la Comunidad Autónoma si es la Administración que ejerce la tutela financiera".

Sentencia del Tribunal Constitucional 152/2016, de 22 de septiembre, sobre conflicto en defensa de la autonomía local planteado por el Ayuntamiento de Abrucena y otros municipios contra los artículos 32, 33, 78, 82.2, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas para Andalucía.

Antecedentes

Conflicto en defensa de la autonomía local contra los arts. 32, 33, 78, 82.2, 91, 92, 93, 94, 95 y 96 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de aguas de Andalucía, en atención a que los artículos 137, 140 y 141 CE garantizan la autonomía de las corporaciones locales para la gestión de sus propios intereses y señalar que corresponde al Estado establecer los principios generales en materia de régimen local.

Ponente: doña Encarnación Roca Trías.

Extracto de doctrina

[...]

4. Delimitado así el objeto del proceso, hemos de exponer ahora el canon de enjuiciamiento que debemos aplicar para resolverlo (por todos, STC 132/2014, de 22 de julio, FJ 5).

Para ello hemos de partir de la consideración de que este proceso constitucional versa exclusivamente sobre la defensa de la autonomía local garantizada por la Constitución, de suerte que, como recuerda la STC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5, "el canon que este Tribunal deberá aplicar para resolver los conflictos en defensa de la autonomía local promovidos frente a leyes estatales se ciñe a los preceptos constitucionales (arts. 137, 140 y 141 CE) que establecen ese 'contenido mínimo' que protege la garantía institucional y que hemos considerado definitorios de 'los elementos esenciales' o del 'núcleo primario' del autogobierno de los entes locales territoriales". Este Tribunal ha tenido ocasión de delimitar el contenido y la extensión de la autonomía local reconocida en los arts. 137, 140 y 141 CE, entre otras, en STC 240/2006,

FJ 8, según la cual, "se configura como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el 'derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias. Para el ejercicio de esa participación en el gobierno y administración en cuanto les atañe, los órganos representativos de la comunidad local han de estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible' (STC 32/1981, FJ 4), (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39). Tal como declaró la STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 5, se trata de una noción muy similar a la que luego fue acogida por la Carta Europea de la Autonomía Local de 1985 (ratificada por España en 1988), cuyo art. 3 ('Concepto de la autonomía local') establece que 'por autonomía local se entiende el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes' ... Más allá de este límite de contenido mínimo que protege la garantía institucional, la autonomía local 'es un concepto jurídico de contenido legal, que permite configuraciones legales diversas, válidas en cuanto respeten aquella garantía institucional. Por tanto en relación con el juicio de constitucionalidad solo cabe comprobar si el legislador ha respetado esa garantía institucional'." (STC 240/2006, de 20 de julio, FJ 8, con cita, entre otras, de la STC 170/1989, de 19 de octubre, FJ 9). La doctrina sobre las competencias locales la resume la STC 154/2015, de 9 de julio, FJ 6 a). Partiendo de que la Constitución no precisa las que corresponden a los entes locales (STC 32/1981, de 28 de julio, FJ 3), señala que "no obstante, el art. 137 CE delimita en alguna medida el ámbito de los diversos "poderes autónomos" al circunscribirlo a la "gestión de sus respectivos intereses", lo que "exige que se dote a cada ente de todas las competencias propias y exclusivas que sean necesarias para satisfacer el interés respectivo" (STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3). El legislador básico estatal ha establecido criterios generales [arts. 2.1, 25.2, 26 y 36 de la Ley reguladora de las bases de régimen local (LBRL)] sin descender a la fijación detallada de las competencias locales (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 3). Consecuentemente, en ámbitos de competencia autonómica, corresponde a las comunidades autónomas especificar las atribuciones de los entes locales ajustándose a esos criterios y ponderando en todo caso el al-

cance o intensidad de los intereses locales y supralocales implicados [SSTC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 25 b); 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39; 159/2001, de 5 de julio, FJ 12, y 51/2004, de 13 de abril, FJ 9]. Ello implica que, en relación con los asuntos de competencia autonómica que atañen a los entes locales, la Comunidad Autónoma puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero debe asegurar en todo caso el "derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración" (STC 32/1981, FJ 4). Se trata de que el legislador gradúe el alcance o intensidad de la intervención local "en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias" (SSTC 32/1981, FJ 4; 170/1989, 19 de octubre, FJ 9, y 51/2004, FJ 9, entre muchas; en el mismo sentido, últimamente, SSTC 95/2014, de 12 de junio, FJ 5; 57/2015, de 18 de marzo, FJ 6, y 92/2015, de 14 de mayo, FJ 4)".

La autonomía local constitucionalmente garantizada se configura, según nuestra doctrina, como una garantía institucional con un contenido mínimo que el legislador debe respetar y que se concreta, básicamente, en el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias, para lo que deben estar dotados de las potestades sin las que ninguna actuación autonómica es posible (STC 40/1998, de 19 de febrero, FJ 39). La autonomía local permite configuraciones legales diversas debiendo limitarse el juicio de constitucionalidad a comprobar si el legislador ha respetado la garantía institucional de los elementos esenciales o del núcleo primario del autogobierno de los entes locales territoriales, que les hace reconocibles en tanto que dotados de autogobierno (por todas, STC 159/2001, de 5 de julio, FJ 4). La STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 11 b), lo recuerda cuando afirma que "al distribuir poder local, el Estado y las comunidades autónomas disponen de 'libertad de configuración', pero deben graduar el alcance o intensidad de la intervención local en función de la relación existente entre los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias [STC 154/2015, FJ 6 a), citando las SSTC 32/1981, FJ 4, 170/1989, FJ 9, 51/2004, FJ 9, 95/2014, FJ 5; 57/2015, FJ 6, y 92/2015, FJ 4]".

5. Partiendo de tales premisas deben analizarse los preceptos impugnados, comenzando por el art. 32.4 de la Ley 9/2010, según el cual:

"Será obligatoria la gestión de los servicios del agua por los municipios dentro del sistema de gestión supramunicipal del agua de uso urbano, cuando resulte necesario por razones técnicas, económicas o ambientales y así se establezca mediante resolución motivada de la persona titular de la Consejería competente en materia de agua, previa audiencia a los municipios interesados.

En el supuesto de que una entidad local disponga de derechos de captación de aguas que sirvan para el abastecimiento de dos o más municipios, deberá obligatoriamente prestarse dicho servicio de abastecimiento dentro de un sistema de gestión supramunicipal, en la forma establecida por esta Ley, de manera que se garantice el abastecimiento en condiciones de igualdad para todos los usuarios incluidos en el ámbito territorial de dicho sistema.

La falta de integración de los entes locales en los sistemas supramunicipales de gestión del agua de uso urbano, de acuerdo con lo establecido en este apartado, conllevará la imposibilidad para dichos entes de acceder a las medidas de fomento y auxilio económico para infraestructuras del agua, su mantenimiento y explotación, que se establezcan por la Administración Autonómica."

Lo cuestionado por la representación procesal de los municipios promotores del conflicto son los párrafos primero y tercero del precepto que se ha transcrito. Respecto al primero se cuestiona que se condiciona el ejercicio de una competencia local a lo que disponga una resolución administrativa; sobre el tercero, se afirma que se penaliza a los entes locales que no se integren en el sistema de gestión supramunicipal.

En el examen de esta cuestión, se debe partir de que corresponde al legislador autonómico regular las competencias propias municipales en este ámbito, pues "en materias de competencia autonómica, solo las comunidades autónomas pueden atribuir competencias locales o prohibir que el nivel local las desarrolle, sujetándose en todo caso a las exigencias derivadas de la Constitución (singularmente, arts. 103.1, 135, 137 y 141 CE), las bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE y, en su caso, los Estatutos de Autonomía" (STC 41/2016, FJ 9).

El art. 92.2 d) del Estatuto de Andalucía prevé que los ayuntamientos tienen competencias propias "en los términos que determinen las leyes" sobre "la ordenación y prestación de los siguientes servicios básicos: abastecimiento de agua y tratamiento de aguas residuales". Además, el art. 25.2 c) LBRL dispone que el municipio ejercerá, en todo caso, competencias propias en los términos de la legislación del Estado y de las comunidades autónomas respecto del "Abastecimiento de agua po-

table a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales". Igualmente, conforme al art. 26.1 LBRL, los municipios deben prestar los servicios de "abastecimiento domiciliario de agua potable" y "alcantarillado", lo que significa que "están directamente habilitados (y obligados) a prestar servicios determinados que recaen sobre materias de competencia autonómica. De hecho, de acuerdo con el art. 18.1 g) LBRL (y con la consolidada doctrina del Tribunal Supremo), esta obligación impuesta al municipio por el Estado funciona directamente, sin necesidad de ulterior legislación autonómica, como un derecho subjetivo correlativo que permite al vecino impugnar el presupuesto municipal que no prevea el gasto necesario y, en general, exigir judicialmente el establecimiento del servicio" (STC 41/2016, FJ 9). Esa reserva derivada del art. 26.1 LBRL es absoluta en el sentido de que es obligatoria para todo tipo de municipios, independientemente del tamaño y situación financiera de estos. Al respecto, el art. 26.2 LBRL dispone que en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes será la Diputación provincial o entidad equivalente la que coordinará la prestación de, entre otros, los servicios de abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. Precepto respecto del que la STC 111/2016, de 9 de junio, ha descartado que ponga en riesgo la autonomía local constitucionalmente garantizada [FJ 12 d)] "habida cuenta de que el precepto asigna al municipio la posibilidad de oponerse a cualquiera de esas técnicas y, por tanto, también a las que pudieran limitar más fuertemente su autonomía. Conforme al art. 26.2 LBRL, la puesta en marcha de las fórmulas de gestión que planifica la provincia depende, precisamente, de la autonomía municipal. El criterio determinante no es el económico, tampoco la decisión de otras Administraciones públicas; es la voluntad municipal misma. El municipio puede dar o no su conformidad a un plan que condicionará el modo en que ha de gestionar sus servicios". Advirtiendo más adelante que "No puede excluirse en abstracto que los planes provinciales que sean aprobados al amparo de la norma legal de referencia, eventualmente, puedan diseñar mecanismos disuasorios de tal intensidad que solo formalmente preserven los márgenes de autonomía municipal que asegura el art. 26.2 LBRL. Pero, en tal caso, el problema que tal circunstancia pudiera plantear para la autonomía municipal constitucionalmente garantizada (arts. 137 y 140 CE) afectaría estrictamente, no al impugnado art. 26.2 LBRL, sino a los planes que hubieran desvirtuado materialmente la exigencia de 'conformidad' que este impone".

La misma STC 111/2016 se ha pronunciado [FJ 12 c)] respecto al párrafo segundo del art. 36.2 a) LBRL, que dispone: "Cuando la Diputación detecte que los costes efectivos de los servicios prestados por los municipios son superiores a los de los servicios coordinados o prestados por ella, incluirá en el plan provincial fórmulas de prestación unificada o supramunicipal para reducir sus costes efectivos", indicando que "atribuye a la provincia una potestad de cuyo ejercicio pueden resultar decisiones de obligado cumplimiento para los municipios de su ámbito territorial con relación a la gestión de los servicios de su titularidad". Posibilidad que se admite señalando que "perfila algunos aspectos del poder de coordinación provincial a la vez que trata de proteger intereses supramunicipales", como eran, en la lógica del precepto, los vinculados a "la eficiencia en el uso de los recursos públicos y la estabilidad presupuestaria (arts. 31.2 y 135 CE)", advirtiendo también que existían tres modalidades de intervención municipal ya que, en primer lugar, "la coordinación tiene por objeto, naturalmente, competencias de titularidad municipal", en segundo lugar "los municipios de la provincia 'deben participar' específicamente en la elaboración del plan provincial y, por tanto, en el diseño mismo de las fórmulas de coordinación [art. 36.2 a) LBRL]" y, en tercer lugar, esa participación se produce "a través de los concejales municipales que forman parte de la diputación (arts. 202 a 209 LOREG), los ayuntamientos intervienen de algún modo, no solo en la elaboración del plan de cooperación, sino también en la aplicación y desarrollo de las facultades de coordinación". Por esas razones la STC 111/2016 concluye que "es una previsión básica que, en cuanto tal, no pretende ni puede pretender agotar la regulación de la materia. Se refiere a una submateria –competencias locales– en la que las comunidades autónomas disponen de amplios márgenes de desarrollo y en la que, en todo caso, concurren regulaciones sectoriales [STC 41/2016, FJ 7 c)]. Bajo esta perspectiva, la ausencia de precisión característica de la previsión impugnada no resulta en sí problemática desde la perspectiva de la autonomía municipal (arts. 137 y 140 CE). En este sentido, puede entenderse que, en ausencia de indicaciones básicas más precisas en torno al alcance de las facultades de coordinación de la diputación provincial, la legislación autonómica sobre régimen local o las regulaciones sectoriales hayan de concretarlas". Con arreglo a lo anterior se concluye que "la previsión impugnada debe interpretarse, por tanto, en el sentido de que precisa de complementos normativos que, en todo caso, deben dejar márgenes de participación a los municipios".

En concordancia con dichos preceptos básicos, el apartado 1 del art. 13 de la Ley 9/2010 incluye como competencias de los municipios, los servicios de abastecimiento en alta y en baja, y de saneamiento y depuración, servicios que, conforme a lo establecido en el apartado 3 de este mismo precepto, podrán ser prestados directamente o a través las diputaciones provinciales y los entes supramunicipales, lo que implica la articulación de una colaboración vertical para la prestación de servicios públicos locales coherente con el carácter obligatorio del servicio a prestar. Ese carácter obligatorio explica la llamada bien a la colaboración intermunicipal como fórmula de prestación de servicios obligatorios, bien a una de las actividades típicas de las diputaciones enmarcable en la función de "asistencia y cooperación jurídica, económica y técnica a los municipios, especialmente los de menor capacidad económica y de gestión", prevista como base del régimen local en el art. 36.1 b) LBRL.

6. Atendiendo a cuanto llevamos expuesto, debemos valorar si el precepto que se examina vulnera la garantía constitucional de la autonomía municipal en los aspectos denunciados por los recurrentes, el condicionamiento del ejercicio de una competencia local a lo que disponga una resolución administrativa que se imputa al primer párrafo del art. 32.4 y la penalización a los entes locales que no se integren en el sistema de gestión supramunicipal que derivaría del párrafo tercero del mismo precepto.

Así, en cuanto a la primera queja, corresponde determinar: i) si hay intereses supralocales que justifiquen que la Comunidad Autónoma haya dictado esta regulación; ii) si el legislador autonómico ha ponderado los intereses municipales afectados; y iii) si ha asegurado a los ayuntamientos implicados un nivel de intervención tendencialmente correlativo a la intensidad de tales intereses. Todo ello sobre la base de que la Comunidad Autónoma puede ejercer en uno u otro sentido su libertad de configuración a la hora de distribuir funciones, pero garantizando el derecho de la comunidad local a participar a través de órganos propios en el gobierno y administración.

i) En cuanto a lo primero, las razones a las que alude el precepto en relación con la gestión supramunicipal se relacionan con competencias propias de la Comunidad Autónoma en materia de aguas, medio ambiente y régimen local en los términos previstos en los arts. 50, 57 y 60 del Estatuto de Autonomía, lo que, sin duda alguna, evidencia la existencia de intereses públicos que trascienden el ámbito municipal. Además se trata de gestionar un recurso escaso, esencial para la vida

humana y las actividades económicas y con una incidencia medioambiental más que notable.

El art. 32 de la Ley 9/2010 regula los sistemas de gestión supramunicipal del agua de uso urbano por remisión al art. 4.19 de la misma Ley. Entiende por tales el "conjunto de recursos hídricos, infraestructuras e instrumentos de gestión para la prestación de los servicios de abastecimiento en alta o aducción y de depuración de aguas residuales en un concreto ámbito superior al municipio". La gestión de los sistemas supramunicipales así concebidos se encomienda por el art. 32.2 a los entes supramunicipales previstos en el art. 14 en su conexión con el art. 4.25 de la Ley (esto es, entidades públicas de base asociativa que adoptarán la forma de consorcio, mancomunidad u otra similar) o a las diputaciones provinciales. Importa señalar que el art. 29.1 d) de la Ley 9/2010 considera obras de interés de la Comunidad Autónoma de Andalucía a "las obras de abastecimiento, potabilización, desalación y depuración que expresamente se declaren por el Consejo de Gobierno". A su vez, el art. 30.1 regula la financiación de las infraestructuras hidráulicas, determinando que "en las correspondientes encomiendas de gestión [a entidades instrumentales de la Junta de Andalucía] se preverá el régimen de financiación de las obras encomendadas, que comprenderá las aportaciones económicas por parte de la Consejería competente en materia de agua y, en su caso, de otros sujetos públicos o privados que puedan comprometerse mediante los oportunos convenios". Asimismo, se prevé que "los instrumentos ordinarios de desarrollo y ejecución de la planificación de las infraestructuras de aducción y depuración serán los convenios de colaboración entre la Consejería competente en materia de agua y las entidades locales" (art. 31.1).

ii) El art. 32.4 de la Ley de aguas de Andalucía, aunque limita la capacidad decisoria en un ámbito local, lo hace en atención a la indudable presencia de intereses supramunicipales y ha ponderado los intereses municipales afectados en cuanto no excluye a los municipios de su derecho a intervenir en lo relativo a la gestión del agua y de sus usos, según se deriva de las competencias que les reconoce el art. 13 de la Ley de aguas de Andalucía. Se prevé la audiencia de las entidades locales afectadas tanto para la determinación del ámbito territorial de cada sistema supramunicipal que pretenda constituirse (art. 32.3), como para la prestación del servicio mediante la constitución de un sistema de gestión supramunicipal (art. 32.4, en relación con los arts. 14 y 32.2), lo que garantiza su participación en la toma de la decisión acerca del modelo a implantar.

iii) Las entidades locales participan en la gestión del sistema supramunicipal a través de entes supramunicipales de base asociativa (art. 14.1) o, indirectamente, a través de las diputaciones, tratándose en ambos casos de entidades directamente relacionadas con los intereses de los municipios para la prestación de los servicios públicos de su competencia. No se priva a los municipios de la titularidad de sus competencias pues el precepto se refiere a la forma de "gestión de los servicios del agua por los municipios", con lo que se atiende a intereses supramunicipales sin dejar de tomar en consideración los municipales. Por otra parte, participan en la ejecución de las infraestructuras de aducción y depuración mediante los correspondientes convenios con la Junta de Andalucía (art. 31.1 de la Ley de aguas de Andalucía).

Habida cuenta de las modalidades expuestas de intervención de los municipios, hay que recordar que la antes citada STC 240/2006, FJ 8, considera, que "la intensidad de la participación" de los entes locales en los asuntos que les atañen ha de graduarse "en función de los intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias", como es el caso, pues la Ley 9/2010 regula, entre otros aspectos, el establecimiento de un sistema supramunicipal de infraestructuras hidráulicas para atender a los servicios de abastecimiento y depuración de agua.

En consecuencia, el art. 32.4 no vulnera la autonomía local de los municipios promotores del conflicto por la primera de las razones alegadas, pues (i) no impide o hace inviable la prestación por los municipios de los servicios de su competencia y (ii) el límite de dicha autonomía, su "derecho a intervenir" en las medidas que les afectan, se instrumenta a través de los varios cauces señalados, porque la competencias municipales sobre abastecimiento de agua no deben abarcar siempre la totalidad de las facultades posibles, al tratarse de una responsabilidad compartida entre los distintos niveles competenciales, atendiendo a la propia complejidad del servicio a prestar y a la existencia de un mapa local caracterizado por la proliferación de pequeños municipios. Ambas circunstancias pueden explicar que el legislador sectorial prefiera esta solución, atendiendo a la dificultad de la prestación de servicio y a los elevados costes que ello implica para muchas de las entidades locales afectadas, ya sea por razones de eficacia o por la carencia de los medios técnicos y materiales para prestarlo. Junto a ello existe una relación entre dichas entidades y el ejercicio de competencias propias de la Comunidad Autónoma, ya que constituyen el ámbito de actuación de la Junta de Andalucía para la ejecución de las infraestructuras de aducción y depuración.

Además ha de repararse en que, conforme al propio tenor literal del precepto, la decisión ha de estar justificada en razones técnicas, económicas o ambientales, las cuales han de ser valoradas caso a caso y expuestas en una resolución motivada, lo que va a permitir su control por parte del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. En definitiva, la norma fija los límites tanto formales como materiales dentro de los cuales habrán de discurrir las consecuencias jurídicas que el propio precepto contempla. En todo caso, si una concreta resolución administrativa no determinase las aludidas razones técnicas, económicas o ambientales en las que se basa para establecer la gestión de los servicios del agua por los municipios dentro del sistema de gestión supramunicipal del agua de uso urbano, la respuesta al problema que ello podría plantear desde la perspectiva de la autonomía local constitucionalmente garantizada correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria, excediendo por tanto el objeto del presente proceso constitucional [en un sentido similar, STC 41/2016, de 3 de marzo, FJ 7 c)].

7. Por otra parte, teniendo en cuenta el ya mencionado criterio de que la intensidad de la participación ha de graduarse en función de los intereses locales y supralocales que concurren, el art. 32.4, último párrafo, de la Ley 9/2010 no vulnera la autonomía local de los municipios promotores del conflicto desde la segunda perspectiva que hemos de examinar. En primer lugar, ya hemos determinado que, en las condiciones expuestas en el fundamento jurídico anterior, la integración en un sistema de gestión supramunicipal no es contraria a la autonomía local, de tal modo que el precepto se limita a prever las consecuencias que derivan del desconocimiento de dicha integración. Así, será, en todo caso, la decisión local que no acate esa integración la que determinará, como consecuencia, que el municipio en cuestión no se beneficie de las ayudas autonómicas para las nuevas infraestructuras.

En segundo lugar, tampoco puede sostenerse que la no percepción de las ayudas autonómicas por los municipios que no se integren en los sistemas supramunicipales de gestión del agua vulnere el principio de autonomía local en su vertiente económica. Efectivamente, el precepto viene indirectamente a establecer que la financiación autonómica se dirige a instrumentar una competencia autonómica y, a su través, a financiar las infraestructuras supramunicipales, siendo legítimo que los municipios que no se integren en las infraestructuras supramunicipales no obtengan la financiación dirigida a las mismas. Esta previsión conecta con lo que antes se ha expuesto en relación con las actuaciones

de la Junta de Andalucía en materia de infraestructuras hidráulicas que prescribe un criterio de preferencia en la asignación de subvenciones coherente tanto con los objetivos de política sectorial perseguidos por el legislador autonómico en el ejercicio de sus competencias en la materia, como con la necesidad de establecer prioridades en el uso de los recursos públicos. Además, según la doctrina de este Tribunal, la autonomía financiera local se identifica con la suficiencia financiera por cuanto exige la plena disposición de dichos medios para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas. Dicha suficiencia ha de ser garantizada por el Estado, pues, sin perjuicio de la contribución que las comunidades autónomas puedan tener en la financiación de las haciendas locales (estas, en virtud del art. 142 CE, se nutrirán también de la participación en tributos de las comunidades autónomas), es al Estado, a tenor de la competencia exclusiva que en materia de hacienda general le otorga el art. 149.1.14 CE, a quien, a través de la actividad legislativa y en el marco de las disponibilidades presupuestarias, incumbe en última instancia hacer efectivo el principio de suficiencia financiera de las haciendas locales (STC 48/2004, de 25 de marzo, FJ 10). De acuerdo con dicha doctrina, la exclusión de las medidas de fomento para infraestructuras del agua, su mantenimiento y explotación, no pone en cuestión la autonomía financiera de los municipios no integrados en los sistemas supramunicipales.

En conclusión, no puede apreciarse la vulneración de la autonomía local que se denuncia del art. 32.4 de la Ley 9/2010.

8. El art. 33.1 de la Ley 9/2010 establece:

"Las entidades locales y sus entidades instrumentales de titularidad íntegramente pública, así como las sociedades de economía mixta participadas mayoritariamente por las citadas entidades, titulares o gestoras de las redes de abastecimiento cuyo rendimiento sea inferior al que se determine reglamentariamente, en los sistemas de distribución de agua de uso urbano, no podrán ser beneficiarias de financiación de la Junta de Andalucía destinada a dichas instalaciones, así como de otras medidas de fomento establecidas con la misma finalidad. Dicha medida será aplicable, una vez transcurridos los plazos establecidos reglamentariamente."

El precepto determina que las redes de abastecimiento que sean de titularidad de las entidades locales o de las sociedades de economía mixta participadas por ellas o que sean gestionadas por ellas, deberán tener un determinado "rendimiento" –diferencia entre el volumen de

agua que haya sido objeto de aducción y el agua distribuida y facturada a los usuarios– que será fijado reglamentariamente, con la consecuencia de que, si dicho rendimiento no se alcanzare, aquellas entidades "no podrán ser beneficiarias de financiación de la Junta de Andalucía". Pues bien, los entes locales de Andalucía tienen reconocidas sus competencias sobre el abastecimiento de agua, ya tenga alcance municipal o supramunicipal (art. 13 y 34); la Comunidad Autónoma de Andalucía interviene en la financiación de las obras de abastecimiento de agua que considere de su interés y, por último, la propia Comunidad establece el rendimiento de las redes de manera que si los entes locales –o sus sociedades instrumentales– que son titulares o gestores de dichas redes, no obtienen dichos rendimientos dejarán de beneficiarse de la financiación autonómica destinada a dichas instalaciones.

En este marco, el art. 33.1 de la Ley de aguas de Andalucía no vulnera la autonomía local de los municipios, pues estos mantienen su derecho a intervenir en el abastecimiento de agua. No se les priva de su gestión y la exigencia de un determinado rendimiento se acomoda a la competencia ordenadora del abastecimiento que incumbe, legítimamente, a la norma autonómica sectorial a la que debe adecuarse la competencia municipal según prevé el art. 2.1 LBRL. Es la Administración autonómica, cuando fije las bases reguladoras de las subvenciones y ayudas que conceda para actuar sobre las redes de distribución de agua, la que establecerá cuál es la proporción que ha de existir entre el agua realmente distribuida al usuario, y la que fue objeto de aducción, fomentando de esta manera el cuidado y mantenimiento de la red a fin de minimizar las pérdidas del líquido que se suministra. Nótese, además, que el art. 33.1, al remitir al reglamento para su concreción, no contiene magnitud o determinación alguna que pudiera resultar irrazonable o desproporcionada o que pudiera conducir a apreciar el menoscabo de la competencia de aquellos. El desarrollo reglamentario podrá ser controlado en vía jurisdiccional y, de resultar procedente, repararse así el perjuicio concreto que pudiera derivarse para la competencia local de abastecimiento o depuración del agua.

Consecuentemente, la posible exclusión de los entes locales de la financiación autonómica dirigida a estas instalaciones cuando la gestión del agua quede por debajo de unos mínimos, no vulnera la autonomía municipal pues ni priva a los entes locales de sus competencias, ni infringe su suficiencia financiera considerando la doctrina del Tribunal sobre esta cuestión, reproducida con ocasión del examen del art. 32.4 de la Ley de aguas de Andalucía.

9. Resta por examinar el art. 82.2 de la Ley 9/2010. El precepto regula los obligados al pago del denominado canon de mejora de infraestructuras hidráulicas de depuración de interés de la Comunidad Autónoma Se trata de un tributo propio de la Comunidad Autónoma, cuyos rendimientos quedan afectos a la financiación de este tipo de infraestructuras. Los obligados son las personas usuarias del agua de las redes de abastecimiento disponiendo el apartado 2 que "tendrán la consideración de sujetos pasivos, como sustitutos del contribuyente, las entidades suministradoras".

El sustituto tributario se configura en la Ley general tributaria (arts. 35 y 36) como "el sujeto pasivo que, por imposición de la Ley y en lugar del contribuyente, está obligado a cumplir la obligación tributaria principal, así como las obligaciones formales inherentes a la misma". De esta forma, el sustituto ocupa la posición de contribuyente dentro de la relación jurídico tributaria, quedando obligado al cumplimiento de todas las prestaciones y deberes, sin perjuicio de que ostente el derecho de resarcirse a cargo del contribuyente final.

Una queja similar a esta ya ha sido desestimada en la STC 85/2013, de 11 de abril, FJ 5 d), donde señalamos que "se impugna el art. 48.3 de la Ley porque se obliga a las entidades suministradoras de agua, entre ellas los ayuntamientos, a cobrar el canon por cuenta de la Agencia Vasca del Agua. Se trata, sin embargo, de un típico instrumento de colaboración en la gestión tributaria que no merece, de suyo, tacha alguna de inconstitucionalidad".

Por tanto, dado el contenido del precepto, debe concluirse que no se vulnera la autonomía local constitucionalmente garantizada, en la medida en que la norma en conflicto no merma la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés pues, en el presente caso, las entidades locales van a seguir ejerciendo sus competencias en relación con el suministro de agua y tratamiento de aguas residuales en la misma forma en que lo venían ejerciendo con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma.

Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2016, ROJ 5157/2016, sobre consulta popular relativa a si se debe mantener la concesión otorgada para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua del municipio.

Antecedentes

Recurso contencioso-administrativo número 603/2015, interpuesto por el Ayuntamiento de Cogollos Vega, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2015, que desestima la autorización para celebrar la consulta popular relativa a si se debe mantener la concesión otorgada para la gestión de los servicios del ciclo integral del agua en ese municipio.

Ponente: don Rafael Toledano Cantero.

Extracto de doctrina

PRIMERO. El objeto del recurso contencioso administrativo.

El presente recurso contencioso administrativo se interpone contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de marzo de 2015, que desestima la autorización para celebrar la consulta popular solicitada por el Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) cuyo objeto era la siguiente pregunta: "¿Desea Vd. que el Ayuntamiento de Cogollos Vega mantenga la concesión otorgada a la empresa Aguasvira SA, para la gestión de los servicios de ciclo integral del agua en este municipio, acordada por convenio suscrito por el anterior Alcalde, D. Gonzalo hasta el año 2027 sin acuerdo plenario?".

SEGUNDO. Sobre la naturaleza jurídica de las consultas populares de ámbito municipal o local.

Conviene destacar, para la mejor comprensión del marco jurídico que regula las consultas populares de ámbito municipal o local, que esta modalidad de participación ciudadana en los asuntos públicos tiene un régimen jurídico propio, diferenciado de las modalidades de referéndum a que alude el art. 92 de la Constitución. Así lo expusimos en las sentencias de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2008 (RCA 474/2006), y de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010), y ya antes en la sentencia de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), donde dijimos:

"El artículo 92.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) permite que las decisiones políticas de especial trascendencia puedan ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos, debiendo ser una ley orgánica la que regule las condiciones y el procedimiento de las distintas modalidades de referéndum previstas en aquélla. La Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero (RCL 1980, 163), que desarrolla este mandato constitucional y regula las distintas modalidades de referéndum, dis-

pone en su artículo 2.1 que la autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado. Excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación (Disposición adicional única) las consultas populares que puedan celebrarse por los ayuntamientos, relativas a asuntos relevantes de índole municipal, en sus respectivos territorios, de acuerdo con la legislación de Régimen Local, y a salvo, en todo caso, la competencia exclusiva del Estado para su autorización".

La distinción entre el referéndum, como mecanismo de participación directa de los ciudadanos en aquellos asuntos de manifiesta naturaleza política, respecto a las consultas populares municipales, que por su alcance constituyen cauces del ejercicio del derecho de participación política, se infiere de la fundamentación jurídica de la sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de septiembre de 2008 (RTC 2008, 103), en los siguientes términos:

> *[...] 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 solo 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 solo 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.

[…]

En nuestro sistema de democracia representativa, en el que la voluntad soberana tiene su lugar natural y ordinario de expresión en las Cortes Generales (art. 66.1 CE) y las voluntades autonómicas en los respectivos Parlamentos de las comunidades autónomas, los mecanismos de participación directa en los asuntos públicos quedan restringidos a aquellos supuestos en los que la Constitución expresamente los impone (caso de la reforma constitucional por la vía del art. 168 CE y de los procedimientos de elaboración y reforma estatutarios previstos en los arts. 151.1 y 2 y 152.2 CE) o a aquellos que, también expresamente contemplados, supedita a la pertinente autorización del representante del pueblo soberano (Cortes Generales) o de una de sus Cámaras.

TERCERO. Sobre el marco jurídico de las consultas populares de ámbito local.

El artículo 71 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, establece:

"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".

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". En este caso ha de ser tenida en cuenta, al tratarse de un municipio de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Cogollos Vega, provincia de Granada), la Ley del Parlamento de Andalucía 2/2001, de 3 de mayo, de regulación de las consultas populares locales en Andalucía, aprobada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo del sistema regulador de las consultas populares locales en el ámbito de Andalucía. Dice así artículo 2 de la ley autonómica:

1. *La consulta popular local es el instrumento de conocimiento de la opinión de los vecinos sobre asuntos de la competencia propia municipal y de carácter local que sean de especial relevancia para sus intereses, sin que su resultado vincule a la entidad local convocante.*
2. *En ningún caso podrán someterse a consulta popular local asuntos cuando alguna de las opciones a escoger resulte contraria al ordenamiento jurídico. Asimismo, la consulta popular local no podrá menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos del municipio.*
3. *Quedan excluidas de la consulta popular local las materias propias de la Hacienda Local.*

Sobre la naturaleza del acuerdo del Consejo de Ministros de autorizar o denegar la convocatoria de una consulta popular, esta Sala ha declarado, en sentencia de 15 de noviembre de 2012 (RCA 546/2010) que "[...] [l]a 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 y material. En aras de preservar el adecuado equilibrio entre el principio representativo y el principio de participación directa se exige que la consulta sea a iniciativa del Alcalde, previo acuerdo por mayoría absoluta del Pleno de la Corporación municipal. El objeto de la consulta popular debe referirse a asuntos relativos a la acción del gobierno local, de carácter local, que versen sobre materias de competencia propia municipal, que sean de especial relevancia para los intereses de los vecinos, excluyéndose, en todo caso, los asuntos relativos a la Hacienda Local".

Al respecto, en la sentencia de esta Sala de 17 de febrero de 2000 (RCA 404/1998), así como en la de 15 de noviembre de 2012 (cit.) manifes-

tamos: "[...] [h]ay 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. La demanda insiste en que se trata de una cuestión que 'afecta a los intereses de los vecinos de Algeciras', y a ello nada habría que oponer, en principio: pero lo decisivo, a los efectos del litigio, no es solo 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'".

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 (RCA 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 (RCL 1989, 412), 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, 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, aún 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. En el mismo sentido, la sentencia de esta Sala de 15 de noviembre de 2012 (cit.).

CUARTO. Antecedentes del marco jurídico en que se desenvuelve el servicio de gestión de los servicios del ciclo integral del agua a que se refiere la consulta popular.

La solicitud del Ayuntamiento de Cogollos Vega (Granada) de autorización para celebrar una consulta popular tiene por objeto la siguiente pregunta:

"¿Desea Vd. que el Ayuntamiento de Cogollos Vega mantenga la concesión otorgada a la empresa AGUASVIRA SA, para la gestión de los servicios de ciclo integral del AGUA en este municipio, acordada por convenio suscrito por el anterior Alcalde, D. Gonzalo hasta el año 2027 sin acuerdo plenario?".

Según resulta acreditado por el expediente administrativo y alegaciones de las partes en sus escritos de demanda y contestación, la relación del Ayuntamiento de Cogollos Vega con la mencionada entidad Aguasvira S.A, a la que según se dice en el enunciado de la pregunta el Ayuntamiento tiene otorgada la "concesión [...] para los servicios de ciclo integral del agua", procede de la previa integración del Ayuntamiento de Cogollos Vega en el Consorcio para el desarrollo de la Vega-Sierra Elvira, constando así que el Pleno del Ayuntamiento de Cogollos Vega, mediante acuerdo de 22 de noviembre de 2007, decidió la integración del citado Ayuntamiento como miembro de pleno derecho en el Consorcio para el desarrollo de la Vega-Sierra Elvira (folios 91 a 101 del doc. 6 del expediente administrativo), integración que tendría lugar una vez aceptada esa adhesión por la Asamblea General de la entidad supramunicipal.

Entre los fines de ese Consorcio figura el de prestación de los servicios propios de la competencia municipal, entre otros los del ciclo integral del agua a que se refiere la pregunta, y cuya prestación se realiza en los términos que resultan de los estatutos del Consorcio. Consta también (hecho segundo de la demanda) que el 18 de febrero de 2008 el Ayuntamiento de Cogollos Vega y el citado Consorcio suscribieron un Convenio de Formalización de la Adhesión del Municipio citado a los servicios que componen el ciclo integral del agua que presta el citado Consorcio.

En esa misma fecha, se suscribe el documento "Adenda al Convenio Adhesión del Municipio de Cogollos Vega a los servicios que conforman el ciclo integral del agua y que presta el Consorcio para el desarrollo de la Vega Sierra Elvira a través de su ente instrumental, la Sociedad de Economía Mixta 'Aguas Vega Sierra Elvira, S.A.' (Aguasvira S.A.)". Así pues, resulta acreditado que el Ayuntamiento de Cogollos Vega se integró en el Consorcio citado que, con arreglo a su naturaleza supramunicipal sustituye a los ayuntamientos y entidades municipales consorciados en la gestión de dicho servicio de gestión del ciclo integral del agua, servicio que gestiona a través de una empresa pública mixta, Aguasvira S.A. participada con capital público mayoritariamente, que es así la gestora indirecta del servicio.

Resulta pertinente dejar constancia de que, con anterioridad al acuerdo de iniciación del expediente relativo a la consulta popular que es objeto del litigio, y también con respecto a la posición de Aguasvira, S.A. como ente instrumental del Consorcio que gestiona el servicio de gestión integral del agua de los 22 ayuntamientos que lo integran, el Ayuntamiento de Cogollos Vera, el 22 de febrero de 2014, acordó iniciar un procedimiento de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno de derecho, del convenio del que trae causa la gestión del servicio del ciclo integral del agua a que se refiere la pregunta, asunto que está pendiente de dictamen favorable del Consejo Consultivo de la Comunidad Andaluza, ex artículo 17.11 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, en relación con el artículo 102. 1 de la Ley 30/1992. Hechos que destaca la contestación a la demanda y que no niega la parte demandante, que en su demanda expone que ese expediente de revisión de oficio está "[...] precisamente suspendido por el inicio del expediente de la presente consulta" (pág. 19 de la demanda) y por otra parte consta acreditado por el informe de secretaria que se incorpora al expediente de solicitud de autorización de consulta popular.

En el expediente (doc n.º 6) figura un Acuerdo del Ayuntamiento de Cogollos Vega (folios 141 y ss.) en el que consta que (folios 142-143) en relación con el expediente de revisión de oficio de los convenios suscritos con el Consorcio para el Desarrollo de la Vega Sierra-Elvira (en lo sucesivo, el Consorcio) y Aguasvira, S.A., "comunica que igualmente la tramitación sigue su curso y que ya se han realizado las correspondientes publicaciones en los diarios oficiales y hasta la fecha se han recibido alegaciones de los organismos implicados y del Sr. Gonzalo, asimismo se han mantenido reuniones con representantes de Aguasvira SA. que han pedido al Sr. Alcalde la retirada del expediente

y a los que se le ha puesto de manifiesto que la intención del Equipo de Gobierno Municipal, tras el acuerdo plenario, es conocer si el anterior Alcalde actuó al margen de sus atribuciones y por tanto de forma irregular o si por el contrario lo hizo adecuadamente, que la empresa concesionaria no debe temer por el cobro de la indemnización que pudiera percibir en el caso de rescindirse los convenios existente por nulidad, dado que la acción a seguir vendrá determinada por lo que exprese el pueblo soberano en la Consulta Popular planteada, que de la tramitación de estos expedientes pueden resultar distintas variantes, que los convenios sean nulos de pleno derecho en cuyo caso para mantener la concesión habría que adoptar nuevos acuerdos y suscribir los convenios necesarios, pero eso sí, dentro de la legalidad, que la consulta popular estime que no se mantenga la actual concesión, en cuyo caso habrá que indemnizar a la empresa Aguasvira SA., como en derecho se establezca, que de ser nulos los convenios, dicho coste lo soportará el patrimonio de los causantes y de ser adecuados a derecho los actuales convenios, el coste lo tendría que asumir en todo caso el Municipio, como está pasando con todos los gravísimos errores cometidos por el anterior alcalde en sus 8 años de gestión o mantener la concesión con la empresa Aguasvira SA.".

De todo lo anterior resulta acreditado, tal y como acertadamente alega la contestación a la demanda, que se simultanea la tramitación del expediente de revisión de oficio por causa de nulidad de pleno derecho, de los convenios de integración del Ayuntamiento de Cogollos Vega en el Consorcio, de adhesión a los servicios que presta el Consorcio en relación con el ciclo integral del Agua y de adhesión a los mismos servicios que presta ésta a través de su ente instrumental la Sociedad de Economía Mixta Aguasvira, S.A., con el de tramitación de una consulta popular, de forma que aquél va a depender de "[...] lo que exprese el pueblo soberano en la Consulta Popular planteada", según expresa literalmente el acuerdo antes transcrito.

Así pues, atendidos todos los antecedentes en que se enmarca la pregunta objeto de la consulta, ésta versaría, no sobre una materia propia de la competencia de la Corporación Local, con arreglo al artículo 25 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en concreto la relativa a la prestación de los servicios del ciclo integral del agua, sino a un ámbito más amplio, cual es la integración o no en entidades supramunicipales, pues la gestión del servicio público por el que se pregunta, lo es en términos que introducen una cuestión sobre la legalidad de la forma en que fue acordado. La propia parte demandante reconoce que

la consulta popular está vinculada a todo ese proceso de decisión, y su resultado, tal y como hace constar en los documentos citados que obran en el expediente, va a determinar el sentido del ejercicio de las competencias contractuales por los órganos competentes del Ayuntamiento, al tiempo que la eventual extinción del convenio de adhesión a la gestión del servicio de gestión del ciclo integral del Agua por la entidad Aguasvira S.A. que, como se ha señalado, es el ente instrumental creado a estos efectos por el Consorcio en que participa el Ayuntamiento demandante.

QUINTO. La pregunta no tiene por objeto un asunto propio de la competencia municipal.

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.

En consecuencia el recurso ha de ser desestimado, pues aun cuando pudiera entenderse concurrente el otro requisito señalado en el art. 71 de la LRBRL, el carácter local del asunto, es lo cierto que falta el primer presupuesto, al no versar la pregunta sobre un asunto propio de la competencia municipal de los recogidos en el art. 25 de la LRBRL.

NORMAS DE PUBLICACIÓN. INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

- TRABAJOS ORIGINALES: Los trabajos enviados deberán ser originales e inéditos. Cualquier otra explotación necesitará permiso expreso de la editorial. Se enviarán por correo electrónico a la dirección: fund@gobiernolocal.org

- PRESENTACIÓN: Los originales deberán enviarse en su lengua original, siempre que esta sea castellano, catalán, gallego, inglés, francés, italiano o portugués, acompañados de un sumario, resumen y palabras clave. El título, el resumen y las palabras clave se redactarán también en inglés. En los originales deberá constar la identidad de su/s autor/es, la institución pública o privada donde desarrolla/n su actividad, y su dirección de correo electrónico.

- FORMATO: La letra de los originales será Arial 12, y en pies de página Arial 10. El espaciado será de 1,5, y en pies de página de 1. Las notas a pie de página deberán ir numeradas y habrán de seguir los criterios normales de cita.

– En caso de libro: autor, título del libro en cursiva o título del capítulo entrecomillado seguido del autor del libro y del título del mismo en cursiva, editorial, ciudad de edición, año, página/s.

  Ejemplo:
  Jiménez Asensio, R., "¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas", en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Fundación Democracia y Gobierno Local – CEMCI, Bilbao, 2011, págs. 13-87.

– En caso de artículo de revista: autor, título del artículo entre comillas, nombre de la revista en cursiva, número, editorial, año y página/s.

  Ejemplo:
  Parejo Alfonso, L., "Apuntes para el debate sobre la planta y la articulación interna de la Administración local", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 29, Fundación Democracia y Gobierno Local, febrero de 2012, págs. 9-21.

Las reproducciones textuales de originales de otros autores, las referencias de jurisprudencia o la doctrina de los órganos consultivos, irán entrecomilladas.

- EXTENSIÓN: Los Estudios tendrán una extensión no superior a 40 páginas en el formato indicado. Las Ponencias, crónicas y notas no superarán las 30 páginas. En todo caso, la Dirección de la Revista se reserva el derecho de publicación de los originales recibidos en cualquiera de nuestras secciones, previa comunicación al autor.

- SISTEMA DE ELECCIÓN DE ORIGINALES: Para su publicación, los trabajos deberán haber sido informados positivamente por especialistas externos a la entidad editora. Serán valorados el rigor, la claridad, el interés para la disciplina, la metodología, el contraste de resultados y la originalidad de las aportaciones. A los autores se les comunicará expresamente si su trabajo ha sido o no aceptado. En el caso de que la respuesta sea negativa, se señalarán las razones del rechazo, y si el trabajo puede ser revisado para someterse a una nueva evaluación. En todo caso, se garantizan la confidencialidad en el proceso y la comunicación personalizada del resultado.

Fundación
Democracia
y Gobierno Local

Rambla Catalunya, 126
08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4º
28006 Madrid

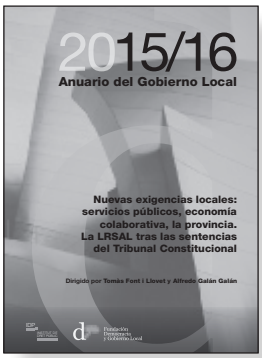
3 números al año

suscripciones

Última edición: diciembre 2016



QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del Gobierno Local
80 €



QDL
Anual (3 números)
38 €

Anuario del Gobierno Local
55 €

Suscripciones a través de:
Teléfono: 917 020 414
Fax: 913 103 499
Internet: www.gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos en cualquier modalidad de suscripción, salvo entregas fuera de España**

Datos de envío: (si los datos para la facturación son distintos, debe indicarlo). Por favor, rellene sus datos en letra mayúscula.
*Nombre: ..... Profesión:
*Entidad: ..... *CIF/NIF: .....
*Dirección: ..... *Población:..... *Provincia: ..... *C.P.: .....
Mail: ..... *Teléfono: ..... Fax: .....
Los campos señalados con un asterisco (*) deberán ser cumplimentados obligatoriamente.

Deseo que me envíen a la dirección indicada:
☐ QDL - ANUAL (3 números)
☐ ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL
☐ QDL - ANUAL (3 números) + ANUARIO DEL GOBIERNO LOCAL

Idioma de los QDL:
○ Castellano
○ Catalán

Efectúo el pago por el procedimiento siguiente:
☐ TALÓN ADJUNTO NOMINATIVO A LA FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL
☐ TRANSFERENCIA BANCARIA
☐ DOMICILIACIÓN BANCARIA MEDIANTE AUTORIZACIÓN QUE CUMPLIMENTO ABAJO
Sr. director/del Banco/de la Caja:..... Sucursal: ..... Localidad: .....
Autorizo a la Fundación Democracia y Gobierno Local para que cargue los recibos que ha de librarme, a partir de la fecha, en mi cuenta corriente/libreta.

Firma: OBSERVACIONES:

Acepto que mis datos sean incluidos en un fichero automatizado confidencial para futuras comunicaciones de la Fundación Democracia y Gobierno Local. Si deseo consultarlos, rectificarlos o cancelarlos, lo comunicaré a la Fundación Democracia y Gobierno Local, Rambla Catalunya, 126, 08008 Barcelona, según la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre.

CÓDIGO CUENTA BANCARIA																					
ENTIDAD				OFICINA				D.C.		N.º CUENTA											

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



QDL43SUMARIO

La remunicipalización de los servicios públicos locales

I. Estudios sobre la remunicipalización de los servicios públicos locales

12 La llamada remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales · JOAQUÍN TORNOS MAS

31 La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

79 Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal · JOAN MAURI MAJÓS

124 "Remunicipalización" de servicios locales y competencia · ANNA COLOMÉ I NIN / SUSANNA GRAU I ARNAU

II. Otros estudios

160 Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: algunas experiencias · RAFAEL JIMÉNEZ ASENSIO

200 El acceso de los electos locales a la información municipal en Cataluña · CARMEN ALONSO HIGUERA

230 La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales · JOSÉ ENRIQUE CANDELA TALAVERO

259 El delito de cohecho, tras la reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo · ANTONI PELEGRÍN LÓPEZ

III. Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL

284 La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local y el Tribunal Constitucional. Comentarios a las primeras sentencias · ANTONI BAYONA ROCAMORA

IV. Crónica de jurisprudencia

306 Crónica de jurisprudencia (de 9 de junio a 31 de diciembre de 2016) · ANTONIO DESCALZO GONZÁLEZ



15 ANIVERSARIO
Fundación Democracia y Gobierno Local

www.gobiernolocal.org