

QDL50

Junio de 2019 · Cuadernos de Derecho Local

Número especial

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL50

Junio de 2019 · Cuadernos de Derecho Local

Número especial

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS



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>)



Edición

© FUNDACIÓN DEMOCRACIA Y GOBIERNO LOCAL

Rambla de Catalunya, 126 - 08008 Barcelona

Velázquez, 90, 4.º - 28006 Madrid

Producción

Dia Cash, s.l.

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*
Joan Mauri Majòs, *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 Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL50

ESTUDIOS

14

I. Prestación de servicios públicos

La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

52

El riesgo operacional en el nuevo contrato de concesión. Especial referencia al sector del agua

M.^a EUGENIA LÓPEZ MORA

80

Recogida y tratamiento de residuos

ISABEL TENNENBAUM CASADO

102

La agregación de la demanda local: la creación y adhesión a las centrales de contratación

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

136

II. Otros estudios

El Real Decreto 424/17. Reenfoque del control interno. ¿El gran salto adelante del control financiero?

ANTONIO MUÑOZ JUNCOSA

184

Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC

MARTINA SINISI

Índice

El contencioso de los servicios públicos como
mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial
efectiva del derecho a servicios públicos domiciliarios de
calidad en Venezuela
JESSICA VIVAS ROSO

206

JURISPRUDENCIA
Estudio general sobre las últimas
sentencias del Tribunal Supremo
en materia de Haciendas locales
PILAR GALINDO MORELL

228

QDL50

ESTUDIOS



QDL50

I. Prestación de servicios públicos

La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta

JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ

*Profesor titular de Derecho Administrativo.
Director de la «Càtedra d'Estudis Jurídics Locals
Màrius Viadel i Martín».
Universitat Rovira i Virgili*

1. **Introducción**
2. **El concepto de servicio público en la nueva Ley de Contratos del Sector Público**
3. **La gestión indirecta de los servicios públicos locales: efectos de la nueva LCSP**
 - 3.1. Cambios en los tipos contractuales
4. **El contrato de concesión de servicios: su régimen específico**
 - 4.1. El objeto del contrato
 - 4.2. El riesgo operacional: criterio delimitador
 - 4.3. El régimen económico-financiero
 - 4.4. Plazo de la concesión
 - 4.5. El rescate y el derecho a desistir
5. **Sociedad de economía mixta: mecanismo de gestión indirecta de los servicios públicos locales**
 - 5.1. La disposición adicional vigésima segunda de la LCSP
 - 5.2. Régimen jurídico de las sociedades de economía mixta: novedades
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

Artículo recibido el 22/04/2019; aceptado el 17/06/2019.

Resumen

Este trabajo analiza el impacto de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público en la gestión indirecta de los servicios públicos locales. Esta Ley suprime el contrato de gestión de servicios públicos y establece la utilización del contrato de concesión de servicios en función de la transferencia del riesgo operacional al contratista. Este concepto de riesgo operacional pasa a ser el elemento definitorio del tipo contractual, en detrimento del carácter prestacional de la actividad. Ante este nuevo escenario legislativo, se pretende conocer si perviven las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos, en particular las sociedades de economía mixta, y cómo afecta a la legislación de ámbito local.

Palabras clave: *servicio público local; gestión indirecta; concesión; riesgo operacional; sociedad de economía mixta.*

The survival of the indirect management of local public services after the new Law on Public Procurement: the semi-private companies

Abstract

This article analyzes the impact of Law 9/2017, of 8 November, on Public Procurement, on the indirect management of local public services. This law eliminates the contract of management of public services and establishes the use of the contract of concession of public services which depends on the transfer of the operational risk to the contractor. This concept of operational risk now is paramount for the definition of this kind of contract, instead of the exercise of the activity itself. Against this backdrop, the article studies whether still survive ways of indirectly managing public services, particularly semi-private companies, and how this change affects local legislation.

Keywords: local public service; indirect management; concession; operational risk; semi-private companies.

«Las fórmulas de economía mixta nos sitúan ya en las lindes entre la gestión directa y la indirecta. En la Ley española habría motivos para incluirla en uno y otro tipo, puesto que, por una parte, se habla de estas sociedades al tratar de la gestión directa, en tanto que, por otra parte, se las considera específicamente como concesionarios, lo cual implica, ciertamente, un sistema de gestión indirecta».

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, 1955¹.

1 Introducción

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)², transpone al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 16 de febrero³.

La entrada en vigor de esta Ley ha supuesto un reto para todas las Administraciones públicas, pero especialmente para los entes locales. El objetivo de esta nueva LCSP es la implementación de un nuevo modelo de contratación, bajo un carácter instrumental que se enmarca dentro de la Estrategia Europa 2020, para un crecimiento inteligente, sostenible, integrador y fomentar la utilización eficiente de los fondos públicos. De este modo, la nueva LCSP se fundamenta en tres pilares: contratación pública estratégica, integridad y simplificación.

1. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E., «La actividad industrial y mercantil», *Revista de Administración Pública*, núm. 17, 1955, p. 132.

2. El 19 de octubre de 2017 se aprobó por el Pleno del Congreso de los Diputados, con el rechazo de tres enmiendas introducidas en el Senado, tras un largo proceso de tramitación. Casi once meses de tramitación parlamentaria se tardó en aprobar esta norma, desde que el Consejo de Ministros aprobara, en su reunión de 25 de noviembre de 2006, el Proyecto de Ley; se pasó por dos anteproyectos de ley, el de abril de 2015, sometido a información pública, y el de octubre de 2015, objeto del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado 1116/2015, de 10 de marzo de 2016.

3. La transposición de las directivas citadas al ordenamiento jurídico español se produjo con casi dos años de retraso del plazo establecido, el cual finalizaba el 18 de abril de 2016.

Así, la LCSP apuesta por un nuevo paradigma de la compra pública como instrumento para alcanzar objetivos secundarios de interés público, como pone de relieve el artículo 1.3.

Son muchas las novedades que introduce la nueva LCSP, y algunas muy polémicas⁴. Pero la novedad que tiene una especial incidencia en el ámbito local son los cambios en las tipologías contractuales, con la supresión del contrato de gestión de servicios públicos en sus cuatro modalidades⁵ y del contrato de colaboración público privada, y la incorporación de la figura de la concesión de servicios, prevista en la Directiva 2014/23.

Este cambio afecta a los entes locales, ya que el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL) remite «a las formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos». Por tanto, con la entrada en vigor de la nueva LCSP parece que la concesión de servicios pasa a ser la modalidad única. Sin embargo, como se analiza más adelante, la disposición adicional vigésima segunda de la LCSP atribuye el contrato de concesión de obras y servicios a sociedades de economía mixta. En consecuencia, las formas indirectas de prestación de los servicios perviven.

Analizamos el alcance de los cambios y la pervivencia de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, y comprobamos que estos cambios no son tan profundos como parece.

La concesión puede ser de servicio público o no, motivo por el cual debemos analizar el elemento clave delimitador que es la transferencia del riesgo operacional, así como su régimen jurídico. A partir de estas consideraciones se analiza la pervivencia de las formas de gestión indirecta en el nuevo contexto, desde la perspectiva de los servicios públicos locales.

Esta regulación es la opción elegida por el legislador español, no se trata de una exigencia de las directivas citadas, que obligan solo en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Por consiguiente, ese resultado era alcanzable de diferentes modos, no solo aprobando una nueva LCSP, sino que, con una actualización de la norma, distinguiendo la concesión, caracterizada por la transferencia del riesgo operacional al concesionario, del resto de modalidades de dicho contrato, hubiera sido suficiente. De ahí la controversia

4. Solo a título enunciativo podemos citar la extensión del ámbito subjetivo, la diferenciación entre valor estimado del contrato, presupuesto base de licitación y precio del contrato, etc.

5. Concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. Estas son figuras arquetípicas del derecho administrativo español, y el modo de articular la gestión contractual de los servicios públicos.

suscitada sobre esta nueva LCSP, tanto a nivel doctrinal como del propio Consejo de Estado⁶.

2

El concepto de servicio público en la nueva Ley de Contratos del Sector Público

El servicio público es un concepto central en el derecho administrativo, de larga tradición histórica⁷, sin duda alguna.

Los servicios públicos son el elemento distintivo del llamado estado de bienestar, por su contenido prestacional y por su proyección hacia la ciudadanía, promoviendo y garantizando que la igualdad de las personas sea real y efectiva (arts. 9.2 de la CE y 10.2 del EAC)⁸. Esta vinculación de los servicios públicos con el pacto social, justifica que sea objeto de un régimen jurídico especial que incluya potestades y prerrogativas cuyo ejercicio debe efectuarse exclusivamente para garantizar los derechos de los usuarios, y la continuidad y la regularidad de los servicios públicos en el estado social (art. 1.1 de la CE).

Pero en la actualidad el concepto y el alcance de los servicios públicos siguen siendo objeto de debates intensos y variados⁹, por la falta de definición legal¹⁰ y la incidencia de factores económicos, socioculturales y políticos. La

6. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)», *Revista de Administración*, núm. 202, 2017, pp. 13-15.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «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; entre otros. Y sobre las reservas del Consejo de Estado, *vid.* su Dictamen 1116/2016, pp. 72-80 y 246-248.

7. Para un estudio más exhaustivo de los servicios públicos *vid.*, entre otros, BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico. Volumen II. Parte especial*, Navarra, Civitas, 2018, pp. 88 y ss.

8. Sobre la evolución del estado social, *vid.* entre otros MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*, Barcelona, Bayer Hnos., S.A., 2007, pp. 41-58. PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la irreversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013. MÍGUEZ MACHO, L.; ALMEIDA CERREDA, M.; SANTIAGO IGLESIAS, D., *Crisis del estado de bienestar y servicios públicos locales: ¿de los servicios sociales a la asistencia social primaria?*, Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2012. BAYLOS GRAU, A., «La contracción del Estado social», *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013.

9. *Vid.* MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «Els debats sobre els serveis públics locals: Estat de la qüestió», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, 2018, p. 74.

10. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., *Los servicios públicos...*, *op. cit.*, pp. 25 y 66. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios», en CARRILLO DONAIRE, J. A.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (dirs.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley*

noción imprecisa del concepto de servicio público continúa siendo un problema, ya que en cada país¹¹, en cada sector e incluso en la doctrina también se define de diferentes maneras¹².

Estos debates, siguiendo la clasificación de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, giran alrededor de tres ejes: la extensión que debe tener esta actividad de servicio público y las funciones que deben ejercer en su prestación las Administraciones públicas; la exclusividad en la intervención de entidades públicas, individualmente o asociadas, es decir, si se apuesta por la gestión directa, o si, por el contrario, se admite la participación de un privado –gestión indirecta–; y en el ámbito de la gestión indirecta se plantean las alternativas en relación con el vínculo entre la entidad pública titular del servicio y quien lo debe gestionar, si debe ser el de un contrato, con las modalidades de concesión o contrato de servicios que introduce la nueva LCSP, o si, en cambio, se debe establecer una relación jurídica de carácter no contractual, desarrollando las posibilidades que permiten respecto de los servicios a las personas las directivas de 2014.

La jurisprudencia delimita el concepto afirmando que, «(...) para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público, no es suficiente que proporcione una utilidad al público, so pena de desnaturalizar el concepto, sino que debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público, prestada de forma regular y continuada, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública, y cuya titularidad esté atribuida a una entidad pública»¹³. Pero la doctrina considera como actividad de servicio público local aquella actividad que cumple los siguientes criterios: a) se desarrolla por una entidad local, por sí misma o a través de un gestor, con

de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos / La Ley, 2014, p. 599.

11. En el derecho español pueden identificarse tres conceptos de servicio público: el estricto, que indica las actividades prestacionales reservadas a los poderes públicos; el amplio, que también incluye actividades prestacionales no reservadas, y el concepto amplísimo, como sinónimo de actuación administrativa, que se aplica al régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, en la doctrina española predomina el concepto estricto, subjetivo. *Vid.* TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, pp. 197-198. En Francia, el concepto de servicio público sigue teniendo un carácter omnicompreensivo y central. Sin embargo, en Italia, se hace referencia a un significado más estricto de *pubblico servizio*. *Vid.* PIOGGIA, A., «L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?», *Diritto Amministrativo. Rivista Trimestrale*, núm. 21, vol. 3., 2013, p. 502.

12. En este sentido, SANTAMARÍA PASTOR afirma que «el servicio público es un paradigma de la ambigüedad conceptual; tienen diversos significados y se utiliza con finalidades diversas, oscureciendo el lenguaje y provocando equívocos». SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, I, 3.ª ed., Madrid, Iustel, p. 328.

13. STS 1278/1979, de 2 de marzo de 1979, FJ 4.

el cual está vinculada mediante una relación jurídica, contractual o de otro tipo, para satisfacer las necesidades de los usuarios; b) objetivamente está constituida por prestaciones técnicas que reportan utilidades a los usuarios que las reciben; se configura con criterios de generalidad y de igualdad y en unas condiciones de continuidad y regularidad; c) y debe ser declarada por la legislación como servicio público local o asumida como tal por la entidad, en el ámbito de sus competencias y de conformidad con el procedimiento administrativo establecido¹⁴.

De las dos modalidades posibles de prestar el servicio público, la gestión indirecta ha venido siendo muy utilizada para la prestación efectiva de los servicios públicos locales mencionados en la propia LRBRL como obligatorios (art. 26) y los asumidos por la entidad en el marco de sus competencias propias, delegadas o las distintas de ambas (arts. 15.2, 27 y 7.4).

La nueva configuración del contrato de concesión de servicios implica que el servicio no tiene que ser necesariamente un servicio público, como sí se exigía en el anterior contrato de gestión de servicio público regulado en 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 (TRLCSPP). No obstante, el contrato de concesión de servicios también admite la posibilidad de que sea un servicio público, para lo que el legislador ha definido una serie de especialidades en su régimen jurídico, bajo la denominación de «contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía» (art. 312 de la LCSP). Así, con esta terminología se regula la prestación de servicios públicos cuando no existe riesgo operacional.

Por tanto, como ya se ha destacado a nivel doctrinal, una idea incuestionable sigue siendo la centralidad del concepto de servicio público y el reconocimiento que efectúa la legislación española, a pesar de que no ofrece una definición del mismo.

Como ha destacado GIMENO FELIÚ, a pesar de que en la nueva LCSP desaparece el tipo contractual de servicios públicos, «(...) esto no impide un régimen jurídico más intenso en prestaciones de servicio público, lo que explica el régimen especial de servicios a las personas que contiene la Ley en el artículo 312, que recoge el régimen de servicio público en estas actividades esenciales»¹⁵.

14. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «Els debats sobre els...», *op. cit.*, p. 74.

15. GIMENO FELIÚ considera que el modelo propuesto «preserva las notas de garantía, continuidad y calidad de los servicios públicos, y la homogeneidad de tipo, en un contexto globalizado de la contratación pública, favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública». Véase GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «La transposición

3

La gestión indirecta de los servicios públicos locales: efectos de la nueva LCSP. Cambios en los tipos contractuales

Como ya se ha comentado, la disyuntiva de optar entre la gestión directa de los servicios y una de las modalidades contractuales que caracterizan la gestión indirecta, sigue activa. Los argumentos a favor de la gestión indirecta giran alrededor del menor coste, motivo por el cual, en la coyuntura de crisis económica, estos cobraron más fuerza¹⁶. COLOMÉ y GRAU sintetizan estos argumentos en los siguientes criterios: profesionalidad de la gestión; 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 vinculadas a un corto plazo o al ciclo electoral; y la introducción de la competencia en la fase de acceso al mercado¹⁷. No obstante, también encontramos argumentos que cuestionan la gestión indirecta, como, por ejemplo: la discutible calidad de los servicios; el posible fraude en los procesos de licitación; los comportamientos anticompetitivos de los operadores, y la escasa transparencia en la gestión¹⁸.

En la nueva LCSP, como se resalta en su propio preámbulo, «(...) desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se contenía en sede contractual en el artículo 277 del anterior texto refundido». Esta supresión del contrato de gestión y la aplicación de la disposición derogatoria tienen unos efectos en la LRBRL. En particular, provocan la derogación implícita o por incompatibilidad de la letra b) del apartado 2 del artículo 85 de la LRBRL, cuando dispone: «Gestión indirecta de servicios públicos de competencia local, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

En consecuencia, los efectos derogatorios de la nueva LCSP provocan una reinterpretación del artículo 85 de la LRBRL, entendiendo que, a partir de ahora, se refiere a las formas de gestión indirecta, esto es, mediante

de las directivas de contratación en España: una primera valoración de sus principales novedades», *Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017, p. 16.

16. En este sentido puede citarse el inciso incorporado por la LRSAL en el art. 85.2 de la LRBRL, en el sentido de que los servicios públicos de competencia local deben gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas en el precepto.

17. COLOMÉ NIN, A.; GRAU ARNAU, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, p. 128.

18. *Ibidem*.

contrato con operador económico al que se encomienda la prestación de un servicio público. Así, en el ámbito local, quedan afectados el artículo 85.2 b) de la LRBR; el artículo 108 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril; y los artículos 113 a 137 del Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales (RSCL).

No obstante, como destaca VILLAR ROJAS, la aplicación de esta derogación por incompatibilidad debe hacerse de forma prudente, «de modo que alcance únicamente aquello en que esa contradicción o pugna es reconocible. Pero, aun así, la supresión del contrato administrativo típico de gestión de servicios públicos produce un efecto derogatorio en cascada que alcanza de lleno la legislación de régimen local»¹⁹.

Ante este nuevo escenario legislativo, y teniendo en cuenta los argumentos a favor de una u otra forma de gestión de los servicios, la decisión que se adopte debe seguir siendo el resultado de un exhaustivo proceso de análisis y contraste de las circunstancias y factores que concurren en el servicio público local concreto²⁰.

3.1

Cambios en los tipos contractuales

Entre las principales novedades, ha de destacarse la desaparición del contrato de colaboración público-privada²¹. La escasa utilización de este tipo contractual ya había provocado que la doctrina propugnara su eliminación, en aras de la uniformización de categorías y la certeza jurídica²².

19. VILLAR ROJAS, F. J., «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017, p. 81.

20. Sobre esta cuestión, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS señala el sobreesfuerzo que supondrá al Gobierno local una gestión directa, y que en la indirecta deberá implementar mecanismos de seguimiento y fiscalización para evitar perder el control y la dirección del servicio público. *Vid.* MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «Els debats sobre els...», *op. cit.*, p. 87.

21. El preámbulo de la LCSP explica que «se suprime la figura del contrato de colaboración público-privada, como consecuencia de la escasa utilidad de esta figura en la práctica. La experiencia ha demostrado que el objeto de este contrato se puede realizar a través de otras modalidades contractuales, como es, fundamentalmente, el contrato de concesión».

22. Se cuestionaba la oportunidad de la creación de este contrato, por los propios errores de diseño legislativo y también por la dificultad para la delimitación respecto a tipos afines. *Vid.* HERNANDO RYDINGS, M.^a, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Madrid, Civitas, 2012, pp. 534-541. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014,

Como ya se ha comentado, también desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos²³, y con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos, como resultado de la transposición de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión²⁴. Aparece en su lugar, y en virtud de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la «nueva» figura de la concesión de servicios, figura que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la de obras que ya contemplaba el derogado 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). *Sin perjuicio* de esta nueva regulación, el nuevo texto legal mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de servicios o de obras, en los términos recogidos en la disposición adicional vigésima segunda²⁵.

La nueva LCSP no define el contrato de concesión de servicios por su naturaleza prestacional, sino por su contenido económico, dado que se exige que la explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del llamado «riesgo operacional».

Por ello, ahora es posible que el objeto de un contrato de servicios sea la gestión de un servicio público si no conlleva esa transferencia del riesgo operacional, y que el objeto de un contrato de concesión no sea un servicio público. Así, aparece una nueva modalidad en el artículo 312 de la LCSP, los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos. El objeto de estos contratos es la gestión de un servicio público a cambio de un precio que paga la Administración pública, sin que el contratista asuma ningún riesgo por la explotación. En estos términos, en el Preámbulo de la LCSP se afirma que «(...) determinados contratos que con arreglo al

pp. 293-326. CHINCHILLA MARÍN, C., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en VV. AA., *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009. GONZÁLEZ GARCÍA, J., «El contrato de colaboración público-privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 170.

23. No obstante, algunos autores se han mostrado a favor de la supervivencia del contrato de gestión de servicios públicos. Este es el caso de J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS 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.

24. No obstante, subsiste la posibilidad de adjudicar concesiones de obras y de servicios a sociedades de economía mixta (disposición adicional vigésima segunda) y la figura de determinados conciertos para la prestación de asistencia sanitaria (disposición adicional decimonovena).

25. VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, septiembre 2018, pp. 28-29.

régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario».

4

El contrato de concesión de servicios: su régimen específico²⁶

La concesión es un contrato a través del que un poder adjudicador encomienda a una empresa la prestación de un servicio de su titularidad y competencia (art. 15.1 de la LCSP). El servicio ha de ser susceptible de explotación económica por los particulares (art. 284 de la LCSP), lo que deja fuera de su ámbito de aplicación a los bienes colectivos. Estos servicios tampoco pueden implicar ejercicio de la autoridad, que es inherente a los poderes públicos (art. 284.1 *in fine* de la LCSP). Los artículos 284 a 297 de la LCSP contienen la regulación del contrato de concesión de servicios. Esta regulación sigue, en términos generales, la regulación del anterior contrato de servicios públicos, contenida en los artículos 275 a 289 del TRLCSP. No obstante, también hay diferencias sustanciales significativas, sobre las cuales centraremos nuestro análisis.

4.1

El objeto del contrato

Como ya hemos indicado anteriormente, el anterior contrato de gestión de servicios públicos y cada uno de sus subtipos –concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta y concierto– estaban vinculados al concepto de servicio público.

Pero el nuevo contrato de concesión de servicios ya no solo abarca la gestión de servicios públicos, sino también la de otros servicios que no tengan dicho carácter²⁷. El contrato tiene por objeto un servicio de la titularidad

26. *Vid. in totum* el excelente trabajo de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., *La nueva concesión de servicios*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

27. *Vid.* LAZO VITORIA, X., «Los contratos de concesión», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23, 2017, pp. 2982-2994. GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización», *Auditoría Pública*, núm. 71, 2018, pp. 95 y ss.

o competencia de la Administración contratante (art. 15 de la LCSP). En este sentido, la concesión puede tener por objeto: servicios no reservados a la Administración que se prestan en régimen de libre iniciativa –de su competencia–, y servicios públicos reservados a la Administración, es decir, de su titularidad.

La LCSP establece un régimen jurídico general para el supuesto de concesión de servicios no públicos, pero va especificando para el caso de que la concesión recaiga sobre servicios públicos la aplicación de unas concretas prestaciones. Esta técnica legislativa conlleva que debemos entender que cuando la LCSP no menciona expresamente los servicios públicos, la disposición no es aplicable. No obstante, si seguimos esta interpretación, el resultado es que en los casos en que la concesión recaiga en un servicio público no le serían de aplicación instituciones como el mantenimiento del equilibrio económico (art. 290), el rescate y la supresión del servicio por razones de interés público (art. 294), la no embargabilidad de los bienes afectos a la concesión (art. 291) y la suspensión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (arts. 198.5 y 208.1).

Pero teniendo en cuenta la importancia de estas instituciones propias de los servicios públicos, no podemos interpretar que no son de aplicación a los servicios públicos.

Esta situación, como pone de manifiesto GARCÍA ROSA, es la prueba de una deficiente técnica legislativa utilizada. Por tanto, las previsiones citadas anteriormente debe interpretarse que se aplican a los casos en los que el objeto de la concesión es un servicio público, «entendiendo que cuando el legislador hace mención específica al servicio público es para reforzar su aplicación, pero no para excluirlas del resto de las prescripciones». Para evitar estos riesgos de interpretación²⁸, se puede optar por consignarlas de manera expresa en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, como se requiere en el artículo 284.2 de la LCSP, limitando la eventual oposición del contratista, al haber consentido en su inclusión y no haberlo impugnado²⁹.

28. Esta situación sitúa al gestor en un «peligroso ejercicio de creatividad interpretativa». GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato...», *op. cit.*, p. 96.

29. Opción sugerida por MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017: algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», *La Administración al día*, enero 2018. *Vid.* también GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato...», *op. cit.*, pp. 96-97.

4.2

El riesgo operacional: criterio delimitador

La transferencia del riesgo es el elemento delimitador del régimen jurídico aplicable a los contratos de servicios o de concesión de servicios³⁰.

La Directiva 2014/23/UE define el riesgo operacional como aquel que resulta «de factores que escapan al control de las partes»³¹ y comporta la «exposición a las incertidumbres del mercado», debido al riesgo de demanda o de suministro³². Para LÓPEZ MORA, la Directiva también reconoce que «el riesgo operacional del concesionario supone el riesgo de la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato o del riesgo que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda, cabe deducir que el riesgo operacional es un riesgo más específico dentro del genérico riesgo y ventura y que es compatible con el principio de equilibrio económico»³³. En este mismo sentido, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ afirma que, «configurado a la vez como un derecho del concesionario y como una obligación de la Administración, el restablecimiento del equilibrio económico resulta compatible con la transferencia del riesgo operativo. Lo contrario implicaría condenar a las concesiones de servicio a su práctica desaparición»³⁴.

El artículo 14.4 de la LCSP define la transferencia del riesgo operacional: «Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»³⁵. Así, el concesionario debe estar realmente expuesto a la incertidumbre del mercado³⁶.

30. Vid. HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017, pp. 31-51. LAZO VITORIA, X., «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos», *Observatorio de Contratación Pública*, 27 de enero de 2014.

31. Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE.

32. *Ibidem*.

33. LÓPEZ MORA, M.^a E., *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Barcelona, Atelier, 2019, p. 66.

34. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Pamplona, Aranzadi, 2018, p. 338.

35. Reproduce la definición de transferencia del riesgo operacional recogida en el párrafo último del apartado 1 del art. 5 de la Directiva 2014/23/UE.

36. Vid. LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 2017, p. 50.

La traslación al contratista del riesgo operacional es un aspecto importante del régimen jurídico de la concesión, hasta el punto, como afirma VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, de que el concesionario no ha de tener automáticamente garantizada una tasa de retorno de las inversiones³⁷.

A pesar de contar con el concepto de riesgo operacional, debemos precisar qué riesgos, cómo y en qué medida deben ser transferidos al concesionario encargado de la explotación de los servicios para calificar un contrato como de concesión de servicios. Pero esta determinación se deberá hacer *ad casum*, ya que, dadas las peculiaridades que presente la explotación de cada obra o servicio en particular, se podrán determinar una serie de riesgos, pero no *a priori* ni de manera estandarizada³⁸.

No obstante, pueden distinguirse cuatro tipos de riesgos: el riesgo tecnológico, el riesgo de disponibilidad, el riesgo de contricción, y el riesgo de demanda³⁹.

En todo caso, y tal como se ha señalado anteriormente, para determinar si estamos ante uno de esos contratos, es preciso comprobar que se produce el llamado riesgo operacional, es decir, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio e implica que este asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Pero para calificar el contrato de concesión se requiere que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

Por tanto, el riesgo operacional que tienen que asumir las empresas concesionarias es un riesgo económico vinculado a la explotación y, en consecuencia, a la retribución, que puede comprender el riesgo de demanda, el riesgo de suministro o ambos, de manera que la remuneración de las empresas concesionarias debe depender del uso efectivo o de la frecuentación de la obra o el servicio⁴⁰. En consecuencia, no podrá considerarse que se traslada el riesgo operacional solo con el traslado del riesgo de disponibilidad, es decir,

37. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general», en PARISIO, V.; AGUADO I CUDOLÀ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B., *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 120.

38. GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato...», *op. cit.*, p. 97. LAZO VITORIA, X., «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos», *Observatorio de Contratación Pública*, 27 de enero de 2014.

39. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya distingue estos riesgos, a partir de la clasificación que se realiza en la Decisión de la Oficina Estadística de la Comunidad Europea (Eurostat) sobre «el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas». Véase el Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya. *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships. Manual on Government Deficit and Debt. Implementation of ESA 2010*, 2016.

40. Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, p. 11.

«(...) determinando la retribución de la empresa contratista únicamente por el grado efectivo de disponibilidad de la obra o servicio objeto del contrato o por el cumplimiento de determinados estándares de calidad fijados previamente. Sin embargo, dado que el riesgo operacional se define como aquel que proviene de factores ajenos al control de las partes y de las incertidumbres del mercado, el riesgo de disponibilidad se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero solo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido»⁴¹.

Por otra parte, debemos advertir que el riesgo operacional es distinto del «riesgo y ventura»⁴², principio de la contratación que acompaña a la ejecución de todos los contratos administrativos, con las excepciones que establece la propia Ley (art. 197 de la LCSP)⁴³, ya que puede haber contratos en los que no haya traslado del riesgo operacional porque el contratista sea retribuido con una cantidad fija, pero sufra pérdidas derivadas de la gestión⁴⁴. Así, el principio de riesgo y ventura, como afirma el Tribunal Supremo, comporta «un elemento de aleatoriedad que significa que la frustración de las expectativas económicas que el contratista tuvo en consideración para consentir el contrato no le libera de cumplir lo estrictamente pactado ni, consiguientemente, le faculta para apartarse del vínculo contractual o para reclamar su modificación»⁴⁵. En este sentido se pronuncia el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, asunto C-348/10, al distinguir el riesgo de explotación, entendido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, de los riesgos que son inherentes a cualquier contrato público, vinculados a la mala gestión.

En consecuencia, para que exista transferencia del riesgo operacional «será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución», pero nada impide que la Administración mantenga el equilibrio económico «(...) cuando la Administración provoca –por acción u omisión, pero de forma directa– que el contrato

41. Informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, p. 12.

42. GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato...», *op. cit.*, pp. 97-98.

43. El Consejo de Estado lo definió en su Dictamen 662/2004, de 15 de abril, de manera que el contratista «se beneficia de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada, permaneciendo la Administración ajena a su suerte o desventura».

44. Hay una serie de riesgos que acompañan a la ejecución de cualquier contrato como, por ejemplo: la mala gestión, el incumplimiento, el impago de las prestaciones, situaciones de fuerza mayor, etc.

45. STS 5401/2015, de 6 de noviembre, FJ 6.

quede alterado en su economía, con claro perjuicio del contratista o concesionario». En estos casos, se rompe el equilibrio económico y es la Administración quien deberá indemnizar por los perjuicios ocasionados.

Este riesgo operacional debe operar como un criterio de eficiencia en la gestión del servicio sin provocar una asunción de riesgos excesivos por parte del contratista. Esta idea, como describe LAGUNA DE PAZ, se ve plasmada en tres aspectos del procedimiento de contratación: a) la tramitación del expediente debe ir precedida de la aprobación de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrá carácter vinculante si tiene carácter negativo (art. 285.2 de la LCSP); b) los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán fijar las tarifas a abonar por los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración (arts. 285.1.b y 289.2 de la LCSP); c) se reconoce el derecho al mantenimiento del equilibrio económico del contrato, en caso de que la Administración modifique las características del servicio contratado o las tarifas, lleve a cabo actuaciones que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, así como por causas de fuerza mayor (art. 290 de la LCSP). Este restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, como la modificación de las tarifas o de las cláusulas contractuales, reducción del plazo de la concesión o ampliación por un periodo que no exceda de un 15 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración (art. 290.5 de la LCSP).

Así las cosas, la LCSP introduce las modificaciones, pero no de carácter sustancial. Esto se puede comprobar en la disposición adicional decimonovena de la LCSP, que considera contratos de concesión de servicios los conciertos para la prestación de asistencia sanitaria y farmacéutica celebrados por las mutualidades públicas, que se regularán por su normativa especial y, en lo no previsto por esta, por la legislación de contratos del sector público. En esta misma línea está la previsión de que las referencias que la legislación haga al contrato de gestión de servicios públicos, se «entiendan realizadas al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley» (disposición adicional trigésima cuarta de la LCSP).

4.3

El régimen económico-financiero

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas han de fijar las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedi-

mientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración (art. 285.1.b de la LCSP).

En nuestro ordenamiento jurídico la naturaleza jurídica de las tarifas y las tasas ha sido un tema controvertido desde la incorporación de la precisión final del artículo 2.2 a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que daba a entender que los servicios prestados a través de concesionarios se consideraban también prestados en régimen de derecho público. A partir de ese momento, la jurisprudencia interpretó que las contraprestaciones percibidas por los concesionarios de servicios públicos tenían la consideración de tasas⁴⁶. Las críticas a este cambio legislativo y jurisprudencial provocaron la derogación del citado precepto, mediante la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, incorporando de nuevo el criterio tradicional, que atiende al carácter público o privado del prestador para calificar la naturaleza jurídica del precio del servicio. No obstante, la jurisprudencia no acogió este criterio, y sus pronunciamientos son contradictorios⁴⁷.

La exposición de motivos de la nueva LCSP aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios. Esto supone una modificación de la LGT, del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, y de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos.

Las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de la obra o por la prestación del servicio a los concesionarios de obras y de servicios adquieren la naturaleza jurídica de «prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario»⁴⁸ (art. 289.2 de la LCSP).

Con esta declaración del artículo 289.2 de la LCSP, parece que se zanja un largo e intenso debate doctrinal y jurisprudencial, ya que parece claro que la retribución del concesionario o de la entidad privada que presta un servicio público es una tarifa y no una tasa.

De acuerdo con la jurisprudencia, «la imposición coactiva de la prestación patrimonial, o lo que es lo mismo, el establecimiento unilateral de la obligación de pago por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla es, pues, en última instancia, el elemento

46. SSTs 20 de julio de 2009, rec. núm. 4089/2003; 12 de noviembre de 2009, rec. núm. 9304/2003; 20 de marzo de 2013, rec. núm. 1628/2012.

47. *Vid.*, entre otras, SSTs 28 de septiembre de 2015; 23 de noviembre de 2015.

48. A efectos de precisar este concepto se modifican el art. 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos (DF 9.^a), la disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria (DF 11.^a) y el art. 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (DF 12.^a).

determinante de la exigencia de reserva de ley»⁴⁹. Por tanto, en la medida en que se trate de servicios coactivos, de recepción necesaria, estaremos ante prestaciones patrimoniales de carácter público. Pero la prestación será tributaria —una tasa— si la ingresa la Administración para cubrir gastos públicos, mientras que será no tributaria —una tarifa— si recibe el pago un concesionario o una empresa privada que presta un servicio público, como remuneración por la actividad prestadora que lleva a cabo.

En este sentido, como ha resumido MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «las contraprestaciones exigidas por servicios públicos de recepción necesaria (coactivos) serán tasas si son prestados mediante gestión directa (...) mientras que serán consideradas como prestaciones de carácter público no tributario si se prestan de forma directa mediante personificación privada (sociedad anónima de capital íntegramente público) o mediante gestión indirecta (concesión, de forma paradigmática)»⁵⁰.

En este sentido, la disposición adicional cuadragésima tercera de la LCSP establece que «las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución». Pero, aunque sean no tributarias, no dejan de ser prestaciones patrimoniales de carácter público, sujetas a la reserva legal del artículo 31 de la CE. Esto afecta, en el ámbito local, en la necesidad de que estas tarifas sean fijadas por una ordenanza municipal, no fiscal, aprobada por el pleno del ayuntamiento⁵¹.

Sin embargo, por lo que respecta al servicio no coactivo, es decir, un servicio de recepción voluntaria, la tarifa que se abona a la entidad prestadora del servicio será un precio privado intervenido, pero no será una prestación patrimonial de carácter público ni tendrá carácter tributario, y, en consecuencia, no requerirá ser fijada por una ordenanza, pudiendo determinarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares⁵².

49. STC 185/1995, de 14 de diciembre, FJ 3.

50. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario: una polémica novedad en un debate eterno», *IDL-blog*, Instituto de Derecho Local, Universidad Autónoma de Madrid, febrero de 2018 <<http://www.idluam.org/blog/las-prestaciones-patrimoniales-de-caracter-publico-tributario-una-polemica-novedad-en-un-debate-eterno-cesar-martinez/>> [última consulta, 15 de abril de 2018].

51. Las consecuencias de la correcta calificación de la retribución son sobradamente conocidas. A modo de resumen, *vid.* GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato...», *op. cit.*, p. 96.

52. En este sentido, TORNOS MAS, J., «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017, de contratos del Sector Público», *La Administración al día*, Madrid, INAP, diciembre de 2017 <<http://laadministracional-dia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>> [última consulta, 15 de abril de 2018].

En todo caso, con la nueva regulación de la LCSP siguen surgiendo cuestiones que auguran que la naturaleza jurídica de las contraprestaciones de los servicios públicos, en especial de los que se prestan mediante concesiones, seguirá siendo controvertida⁵³.

4.4

Plazo de la concesión

El artículo 29 de la LCSP, siguiendo la idea contemplada en el artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE, establece que «la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos».

Pero en el apartado 6 del artículo 29 de la LCSP se da respuesta a la singularidad de los contratos de concesión de servicios, en particular a los contratos de concesión de servicio público, que pueden requerir fuertes inversiones en obras y material y que por tanto reclaman largos periodos de amortización si se quieren evitar tarifas muy elevadas.

En consecuencia, como en la anterior normativa, también se admiten largos plazos según el tipo de contrato, si bien el máximo se ha reducido de 60 a 40 años y se impone un límite del 15 % a la ampliación de los plazos iniciales, como fórmula para restablecer el equilibrio económico.

4.5

El rescate y el derecho a desistir

En el actual debate sobre la remunicipalización de servicios públicos, la figura del rescate⁵⁴ tiene una especial relevancia, ya que se trata de recuperar la gestión directa de un servicio público que se prestaba de forma indirecta⁵⁵.

53. *Vid.* VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades...», *op. cit.*, p. 32.

54. El Consejo de Estado, en su Dictamen 2918/2003, de 27 de noviembre, define el rescate como «una forma de extinción de las concesiones en firme en la que la Administración acuerda poner término a su existencia, al concurrir una causa de interés público prevalente, mediante indemnización a favor del concesionario por los daños que dicho acuerdo produce».

55. Sobre la remunicipalización de los servicios públicos, véanse los números monográficos de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, marzo de 2016, y núm. 69, mayo de 2017.

En cuanto a la regulación de esta figura en la Directiva 2014/23/UE, el artículo 44 fue cuestionado por la doctrina, al entender que se impedía su utilización, ya que desaparecía la prerrogativa administrativa de la resolución por motivos de oportunidad, al primar la idea de la seguridad jurídica y de respeto al principio de *pacta sunt servanda*⁵⁶.

No obstante, la nueva LCSP, como su predecesora, sí establece el rescate entre las modalidades de resolución contractual⁵⁷, pero con algunas precisiones de interés.

En primer lugar, se exige que una vez resuelto el contrato concesional se pase a la gestión directa del servicio; no se permite abrir un nuevo procedimiento de contratación. En segundo lugar, se admite como única causa válida del acuerdo de rescate que, por razones de interés público que deberán estar debidamente justificadas, se ha decidido modificar la forma de gestionar el servicio. Y, en tercer lugar, se deberá justificar que la gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional⁵⁸.

Esta regulación debe ponerse en relación con el artículo 85.2 de la LRBRL, el cual indica que «los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas (...)». Por tanto, vincula al ente local a buscar la fórmula más sostenible, es decir, aquella que responda a los criterios económicos de no incremento de la deuda, déficit y periodo de pago a proveedores, y posibilidad de gestión con un presupuesto equilibrado⁵⁹.

Así, los Gobiernos locales deben ponderar la fórmula de gestión directa o indirecta que sea más sostenible, pero además las razones deberán acreditarse en el expediente que finalice con la opción por una determinada forma de gestión.

El vigente RSCL establece unas causas objetivas de secuestro, y son: la no prestación por parte del concesionario, por imposibilidad o no, y «por circunstancias imputables o no al mismo» (art. 127.1.3 del RSCL); la «desobediencia sistemática del concesionario a las disposiciones de las corporaciones sobre

56. *Vid.* GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo de 2016, pp. 65-66.

57. El art. 294 de la LCSP establece como causa de resolución contractual el «rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional».

58. Esto coincide con lo dispuesto en el art. 85.2 de la LRBRL exigiendo que la decisión sobre los modos de gestión de los servicios públicos locales se adopte de la forma más sostenible y eficiente.

59. GARCÍA RUBIO, F., «Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos», *Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017, p. 131.

conservación de las obras e instalaciones o (...) mala fe en la ejecución de las mismas» (art. 131.2.2 del RSCL); la incursión del concesionario «en infracción de carácter leve que pusiera en peligro la buena prestación del servicio público, incluida la desobediencia a órdenes de modificación» (art. 133 del RSCL)⁶⁰.

En conclusión, los contratos, sean del tipo que sean, deben respetarse bajo el principio del *pacta sunt servanda*. No obstante, también existe la posibilidad de proceder al uso de los mecanismos de resolución anticipada, teniendo en cuenta que, si se produce por meros criterios de oportunidad, como destaca GARCÍA RUBIO, la nueva LCSP no lo ampara, y exige que deba justificarse en criterios económicos y no subjetivos⁶¹.

Como señala TORNOS MAS, la posibilidad de cambiar a la gestión directa de un servicio que se está gestionando de forma indirecta cuenta con serios problemas⁶². Como ya hemos comentado, se requiere un rescate indemnizatorio, justificarse por razones de mayor eficacia, y demostrar que no incide, aunque sea solo inicialmente, en un mayor déficit. Pero además, ahora, con la nueva LCSP, se deberán cumplir los límites que se imponen sobre las concesiones para la resolución anticipada de los contratos. Por todo ello, como señala GARCÍA RUBIO, «en la práctica tan solo se llevarán a cabo, en su caso, las remunicipalizaciones sucesivas, esto es, aquellas que suponen asumir la gestión directa de servicios que se venían prestando de forma directa cuando la concesión se extingue. Y, aun así, habrá que demostrar la mayor eficacia del nuevo modo de gestión teniendo en cuenta todos los elementos a considerar: costes generales, incremento del capítulo primero, problemas de personal, gastos de inversión, gestión de las tasas y cobro, problemas en la implantación y transitoriedad, etc.»⁶³.

Por otro lado, la LCSP regula, en el artículo 290.6, el nuevo derecho del contratista a desistir de la prestación del servicio. Este derecho permite al contratista desvincularse de la obligación propia del contrato de seguir prestando el servicio, pero con límites. En este sentido, el precepto citado anteriormente establece: «a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato. b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado

60. CALVO GONZÁLEZ, F. J., «La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad» <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>> [última consulta, 15 de abril de 2018].

61. GARCÍA RUBIO, F., «Las novedades de la nueva...», *op. cit.*, p. 132.

62. TORNOS MAS, J., «La remunicipalización de los servicios públicos locales», en FONT I LLOVET, T.; Díez SÁNCHEZ, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Iustel, 2017, pp. 21-80.

63. GARCÍA RUBIO, F., «Las novedades de la nueva...», *op. cit.*, pp. 133-134.

a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato».

De este modo se establece, como condición imprescindible para poder desistir de la ejecución del contrato, que se justifique que dicha ejecución deviene extraordinariamente onerosa. Esta extraordinaria onerosidad se identifica con un concepto jurídico indeterminado. No obstante, el propio legislador en el mismo artículo 290 de la LCSP se ocupa de determinar que deviene de este modo: «cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma (...)».

Así, este derecho permite al contratista dejar de prestar el servicio, pero no conlleva derecho a recibir indemnización alguna ni obligación de compensar a la Administración por la renuncia anticipada. Pero, como pone de manifiesto TORNOS MAS, este derecho realmente se configura en la LCSP en sus efectos como una resolución acordada por ambas partes, y «de este modo se modula el riesgo operacional y los límites al reequilibrio económico»⁶⁴.

5

Sociedad de economía mixta: mecanismo de gestión indirecta de los servicios públicos locales⁶⁵

Hasta que el TRLCSP fue modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la regulación de las sociedades de economía mixta se había hecho en sede de régimen local. A partir de este momento, se puso de relieve que las exigencias de licitación pública para la adjudicación del contrato de gestión de servicio público no podían ser obviadas creando una sociedad de economía mixta. De este modo, resultó patente que tener que realizar una doble licitación pública, una para seleccionar a los socios privados y otra para adjudicar el contrato de gestión del servicio público, no resultaba eficaz.

64. TORNOS MAS, J., «El contrato de concesión de servicios», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Navarra, Aranzadi, 2018, p. 1467.

65. *Vid., in totum*, FUENTES I GASÓ, J. R., «La colaboración público-privado en el sector público local español. El régimen de las sociedades de economía mixta», en COSTA GONÇALVES, P., TAVARES DA SILVA, S., LOPES MARTINS, L., *Internalização dos serviços públicos municipais em Portugal e Espanha*, Coimbra, CEDIPRE, 2019, pp. 193-216.

Ante esta situación, la Comisión Europea sugirió sintetizar ambos procedimientos en uno que, respetando el carácter público, transparente y competitivo, pudiera servir para seleccionar el socio privado de una sociedad mixta y adjudicarle el contrato público. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁶⁶ siguió esta línea, admitiendo que la adjudicación directa a la empresa de economía mixta es válida siempre y cuando la selección del socio se haga mediante licitación con pública concurrencia y en condiciones de no discriminación e igualdad de trato, en la que se verifique no solo la capacidad de aportar el capital, sino también los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos que deban prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse⁶⁷.

Ante estos antecedentes, el TRLCSP mantenía en el artículo 277 la definición de sociedad de economía mixta de la LRBRL, y en la disposición adicional vigésima novena la previsión de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero añadiendo un segundo apartado relativo a las formas de financiación⁶⁸.

Como ya se ha recordado, en la vigente LCSP el contrato de servicios y la concesión de servicios sustituyen a los contratos de concesión, concierto y gestión interesada como modalidades del contrato de gestión de servicios

66. A partir de su Sentencia de 15 de octubre de 2009, asunto C196/08, ACOSSET, donde se resuelve la cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional italiano redactada en los siguientes términos: «¿Es compatible con el Derecho comunitario, en particular con las obligaciones de transparencia y de libre competencia recogidas en los artículos 43, 49 y 86 del Tratado, un modelo de sociedad de economía mixta, creada únicamente para la prestación de un servicio público de naturaleza industrial y con objeto social exclusivo, que sea adjudicataria directa del servicio de que se trata y en la que el socio privado, de carácter “industrial” y “operativo”, sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación pública, previa verificación tanto de los requisitos financieros y técnicos como de los requisitos propiamente operativos y de gestión relativos al servicio que debe proporcionarse y a las prestaciones específicas que han de ejecutarse?». Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I., «La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I) y (II)», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núms. 105 y 106, 2011.

67. REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Documentación Administrativa*. Nueva Época, núm. 4, enero-diciembre de 2017, p. 152.

68. 2. *Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta Disposición Adicional podrán:*

- a) *Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.*
- b) *Titularizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.*

públicos. No obstante, la sociedad de economía mixta continúa en la nueva LCSP, como una forma de gestión indirecta de servicios públicos. De este modo, se ha impuesto la tesis de GIMENO FELIÚ, para quien «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»⁶⁹. Sin embargo, otros autores, como MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, han defendido mantener las anteriores modalidades contractuales⁷⁰. El Consejo de Estado, en su Dictamen 1281/2015, de 10 de marzo de 2016, también indicó su disconformidad con el contenido del Anteproyecto.

En las directivas europeas de 2014 no se recogen peculiaridades específicas de estas sociedades⁷¹. Por ello, el legislador español tenía plena libertad para haber suprimido, mantenido o reformado el régimen de particularidades propias de las sociedades de economía mixta, como fórmula de colaboración público-privada. Se trata, por tanto, de una opción del legislador español, como lo reconoce la exposición de motivos de la nueva LCSP, cuando hace referencia a la fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, especificando que ello se hace «siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 196/08 en el caso Acoset, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008».

5.1

La disposición adicional vigésima segunda de la LCSP

La disposición adicional vigésima segunda de la LCSP, bajo la rúbrica «Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta», dispone, en el apartado primero, que las

69. GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «La remunicipalización de servicios públicos: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, 2017, p. 62.

70. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «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.

71. RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a, «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012. VILLALBA PÉREZ, F. L., «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 2, 2014.

concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Nada nuevo, salvo la estricta positivización de un principio o regla general establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea antes citada, y que de hecho ya recogía la disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, que procedía a su vez de la disposición adicional decimosexta, apartado treinta y cuatro, de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que introdujo en la Ley de Contratos del Sector Público una nueva disposición adicional, la trigésima quinta, dedicada al régimen de adjudicación de los contratos públicos, en el marco de las fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 y 49 de la CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren no solo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta (STJUE 196/08 en el caso ACOSSET, apartado 59)⁷². La citada disposición adicional⁷³ no contempla una exhaustiva regulación, pero sí determina que la figura sigue siendo admitida por el legislador⁷⁴.

72. REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, pp. 150-151.

73. En este sentido, la disposición final 11 de la LCSP, que modifica la disposición adicional 1.^a de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y la disposición final 12 de la LCSP, que modifica y añade un nuevo apartado 6 al art. 20 del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. En el texto articulado de la nueva LCSP encontramos otras referencias a esta forma de gestión de servicios públicos, como entre las modalidades en las que la contraprestación económica que se exija por la explotación de obras o por la prestación de servicios públicos tiene la consideración de prestación patrimonial de carácter público no tributario.

74. Desde un punto de vista de técnica legislativa, se critica que el legislador haya mantenido el régimen procedimental de licitación y adjudicación contractual para las sociedades de economía mixta en una disposición adicional. Debería haber aprovechado la ocasión para evitar la dispersión de preceptos e incorporarlos en el Capítulo I del Título I del Libro II, junto con las restantes normas de adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas. *Vid.* REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 154.

La disposición adicional vigésima segunda de la nueva Ley de Contratos del Sector Público añade también, en su apartado segundo, otra regla complementaria de la anterior, que dispone, en la misma lógica de respeto a los principios de transparencia y de libre competencia recogidos en los artículos 43, 49 y 86 del TCE, que en el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley.

Ello ha sido declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en tanto que la aplicación de las normas establecidas en los artículos 12, 43 y 49 de la CE, así como de los principios generales cuya expresión específica constituyen dichos artículos, estaría excluida en el supuesto de que, cumulativamente, la autoridad pública concedente ejerza sobre la entidad concesionaria un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y dicha entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad que la controla⁷⁵. En tal supuesto, la licitación no es obligatoria, aunque el contratante sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora⁷⁶.

Abundando en los principios de transparencia y libre competencia, también en el último inciso del apartado primero de la disposición adicional vigésima segunda se dispone que la modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente, según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.

Nuevamente se trata de la positivización de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, según la cual es necesario precisar que una sociedad de capital mixto, público y privado, debe conservar el mismo objeto social todo el tiempo que dure la concesión, y que toda modificación sustancial del contrato obligaría a proceder a una licitación⁷⁷.

Por último, el texto de la nueva Ley se ocupa de un aspecto nada negligible cual es la regulación de los medios de financiación vinculados a la concesión que la sociedad concesionaria puede tener en sus manos. Así, el apartado tercero de la disposición adicional vigésima segunda de la LCSP establece lo siguiente:

75. *Vid.* en particular la STJUE 196/08 en el caso ACOSSET, apartado 24.

76. *Vid.* STJUE de 10 de septiembre de 2009, Sea, C573/07, apartado 36.

77. En este sentido, *vid.* la STJUE de 19 de junio de 2008, Caso Nachrichtenagentur, C454/06, apartado 34, y la citada sentencia caso ACOSSET, apartado 62. También el Informe 1/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 1 de febrero de 2012.

Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:

- a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.*
- b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.*

Teniendo en cuenta lo parca e indefinida que puede resultar la referencia «siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación», contenida en la primera de las opciones, creemos que a todas luces es recomendable sopesar esa posibilidad de antemano, y establecer un régimen expreso y claro sobre este particular en los pliegos de condiciones, para evitar litigios futuros. Y lo mismo podría predicarse sobre la posibilidad contemplada en el apartado b).

En consecuencia, la sociedad de economía mixta pervive en la LCSP como forma de gestión indirecta de servicios públicos. No obstante, esta forma de gestión ya no tiene carácter contractual, sino que, siguiendo las recomendaciones del derecho europeo, es una forma de colaboración público-privada.

En conclusión, la sociedad de economía mixta sigue siendo una fórmula de gestión indirecta de servicios públicos, como también lo es para la explotación de obras públicas. Así, las sociedades de economía mixta, siempre que sean de capital mayoritariamente público, persisten en la LCSP, pero con unas condiciones: la selección del privado debe realizarse de conformidad con las normas establecidas por la Ley; y el objeto de la sociedad de economía mixta solo puede ser el fijado en el procedimiento de selección, ya que pueden adjudicarse otros, pero no directamente, sino a través de la concurrencia y el principio de igualdad⁷⁸.

78. TORNOS MAS, J., «El contrato de concesión...», *op. cit.*, p. 1468.

5.2

Régimen jurídico de las sociedades de economía mixta: novedades

La nueva LCSP no recoge una definición de sociedad de economía mixta, como hacía el artículo 277 del TRLCSP, al afirmar que debía entenderse por sociedad de economía mixta aquella «en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas». Esta definición provocaba un efecto restrictivo sobre el alcance de la disposición adicional vigésima novena del TRLCSP, determinando que junto a un socio privado solo participaba otro sujeto con la condición de «Administración pública». Sin embargo, esto en la LCSP ha desaparecido⁷⁹, ya que la nueva redacción omite la referencia expresa sobre qué tipo de ente del sector público puede ser adjudicador del contrato a la sociedad de economía mixta. Ante este nuevo escenario, se plantea la duda de si la LCSP ya no exige que el capital público de la sociedad de economía mixta provenga de una Administración pública.

Para resolver esta duda, debemos tener en cuenta el artículo 3.1 de la LCSP, al concretar lo que ha de entenderse por sociedad mercantil. Se aclara que la participación en el capital social en cantidad superior al 50 % debe hacerse por los sujetos mencionados en los apartados «a), b), c), d), e), g) y h)», y precisamente en el apartado g) se hace referencia a las entidades públicas empresariales. En consecuencia, esto permite interpretar de forma amplia la expresión «capital público» que se emplea en la disposición adicional vigésima segunda, equivalente a un capital con el origen, al menos, coincidente con el del artículo 3.1 h) de la LCSP.

Además, también debemos tener en cuenta que, en el artículo 277 del TRLCSP, se aludía a aportaciones hechas por una entidad pública, lo que imposibilitaba la participación en la sociedad de economía mixta de entidades de personalidad jurídico-privada. Sin embargo, esto ya no se refleja en la nueva LCSP, motivo por el cual REGO BLANCO afirma que, «(...) en puridad, plantea la misma solución respecto a los fondos sin personalidad jurídica (art. 3.1 de la LCSP), que no pueden tenerse como entes en sentido estricto por su caracterizadora falta de personalidad, pero que, desde luego, representan un supuesto de “capital público”»⁸⁰.

79. Para REGO BLANCO esto «potencia de forma importante, e incluso conveniente, considero, la figura de la sociedad de economía mixta». REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 155.

80. *Ibidem*, pp. 156 y ss.

Por lo tanto, los sujetos que pueden ser contratados siguen siendo las sociedades de economía mixta, esto es, entes de personalidad jurídica propia y privada bajo una fórmula societaria que se identifican por la composición de su capital. Así, otros entes personificados bajo fórmulas no societarias, como por ejemplo las fundaciones, siguen quedando al margen de la fórmula de adjudicación⁸¹. Pero el legislador sigue sin especificar el tipo de sociedad que ha de ser una sociedad de economía mixta⁸².

No obstante, como ya se ha destacado anteriormente, una modificación incorporada por la disposición adicional vigésima segunda se refiere a la naturaleza jurídico-contractual de la sociedad de economía mixta. Así, la novedad recae en el aspecto cualitativo de la participación pública del capital de la sociedad de economía mixta, porque ahora se exige que el capital sea mayoritariamente público –al menos un 51 %– para que pueda adjudicársele directamente el contrato público de que se trate. En consecuencia, mediante la disposición adicional vigésima segunda se elimina la participación de sociedades de economía mixta cuyo capital sea equivalente o inferior al 50 % del capital social para la ejecución de contratos públicos⁸³. Sobre las consecuencias de esta exigencia de capital mayoritario público, REGO BLANCO sintetiza las consecuencias en: a) minora las posibilidades de la colaboración privada con las Administraciones públicas a través de sociedades de economía mixta, al obligar a que el capital público sea mayoritario, despreciando las ocasiones en que pudiera ser el capital privado el mayoritario; b) aboca a las sociedades de economía mixta a ser, al menos, entes del sector público, o incluso poderes adjudicadores, atrayendo sobre sí legislación contractual para proveerse de bienes y servicios en el mercado; c) dificulta que las sociedades de economía mixta puedan tener otra naturaleza distinta de las sociedades de capital⁸⁴.

81. Sobre este aspecto REGO BLANCO se cuestiona «(...) si esto es un resultado querido por el legislador o meramente heredado de normas anteriores por falta de atención durante el procedimiento legislativo, pues no se alcanza razón alguna para excluir de la DA 22 LCSP a estas otras modalidades de colaboración público-privada». REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 156.

82. La nueva Ley sigue dejando esta cuestión a la interpretación del legislador. Sobre este aspecto, *vid.* REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 156. REGO BLANCO, M.^a D., «La cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 99, 2017.

83. El borrador de Anteproyecto de Ley de contratos del sector público de marzo de 2015 había omitido totalmente el contenido de la disposición adicional del TRLCSP, pero detectada esta omisión, se corrigió en el Anteproyecto de Ley que fue objeto del Dictamen del Consejo de Estado en su informe de 19 de marzo de 2016, con una dicción que ha pasado íntegramente al texto aprobado. *Vid.* REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 157.

84. REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 158.

Puede concluirse, por tanto, que la mayor novedad operada por la LCSP en la disposición adicional vigésima segunda recae en los tipos contractuales para los que se admite la adjudicación directa de contratos asociados de economía mixta. Así, la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos y de sus distintas modalidades como efecto de la Directiva de concesiones, ha provocado la selección de dos únicos tipos contractuales que tienen en común el carácter concesional: concesiones de obras y de servicios⁸⁵.

6

Conclusiones

La LCSP ha suprimido la modalidad contractual de gestión de servicios públicos, y en su lugar, como hemos analizado, ha creado la figura de la concesión de servicios, la cual se caracteriza por tratarse de la prestación de un servicio siempre que el contratista asuma el riesgo operacional⁸⁶. Por consiguiente, el nuevo contrato de concesión de servicios, objeto de nuestro estudio, incluye el anterior contrato de gestión de servicio público, pero de forma parcial, es decir, si existe riesgo operacional. Pero los contratos de gestión de servicios públicos en los que no existe riesgo operacional se incluyen en la categoría de los contratos de servicios. No obstante, como hemos visto, al tratarse de un servicio público cuyos fines deben garantizarse, se acaba configurando una subfigura dentro del contrato de servicios, establecida en el artículo 312 de la LCSP.

En el ámbito local es escasa la legislación en esta materia, y normas como la LRBRRL siguen recogiendo el régimen establecido con anterioridad a la nueva LCSP, hoy vacío de todo contenido por ser una remisión a una norma derogada.

Por tanto, la mayor incidencia de la nueva LCSP sobre el régimen jurídico de las sociedades de economía mixta afecta a la configuración del contrato de concesión de servicios y del contrato de servicios, como figuras contractuales que sustituyen al contrato de gestión de servicios públicos, al que en nuestro derecho se venía relacionando con la sociedad de economía mixta, como una de las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos.

En cuanto a las sociedades de economía mixta, la nueva LCSP tiene luces y sombras. Se considera acertada la decisión del legislador de seguir apos-

85. Autores como REGO BLANCO se plantean cuál es la razón de esta selección. *Vid.* REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 157.

86. *Vid. in totum*, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Pamplona, Aranzadi, 2018.

tando por la síntesis procedimental que representa la adjudicación directa de contratos a las sociedades mixtas constituidas con las prevenciones legales. No obstante, como ya hemos ido subrayando, existen otros aspectos que el legislador ha dejado pasar la ocasión para resolverlos o bien para mejorar la situación. En primer lugar, el legislador continúa contemplando la regulación de la sociedad de economía mixta en la disposición adicional, y debería haber aprovechado para ubicar esta especialidad junto a los restantes procedimientos de adjudicación de contratos.

En segundo lugar, aunque se amplían los sujetos públicos que pueden integrarse en la sociedad, a la vez se restringen de forma importante las posibilidades de recurrir a esta figura de colaboración pública-privada en un doble e injustificado sentido: se exige participación mayoritaria pública (51 %), y además esta queda reducida a contratos de concesiones —de obras y servicios—⁸⁷.

En tercer lugar, aunque la traslación del riesgo operacional busca una más eficiente prestación del servicio, el concesionario no debe asumir un riesgo excesivo, en base al principio de buena administración. Esto, a su vez, podría perjudicar a la adecuada satisfacción del interés general⁸⁸.

Y, por último, la nueva LCSP afecta a los procesos de remunicipalización, desde la perspectiva de la autoorganización de los servicios, ya que cuando existan contratos, estos se podrán resolver previa justificación de que el servicio rescatado será más eficaz y eficiente⁸⁹.

La regulación que prevé la nueva LCSP, debido a las omisiones y los equívocos citados, obliga al operador jurídico a una tarea de «depuración conceptual» en función del objeto del contrato. De este modo, en la elaboración del pliego de cláusulas deberá definir suficientemente los derechos y las obligaciones de las partes, así como las potestades y las prerrogativas de la Administración⁹⁰.

En definitiva, la sociedad de economía mixta pervive como una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. No obstante, consideramos que el legislador, en la nueva LCSP, como ya sucedía con la anterior norma,

87. REGO BLANCO, M.^a D., «Novedades sobre...», *op cit.*, p. 159.

88. LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los contratos administrativos de concesión...», *op cit.*, p. 68.

89. En este sentido se posiciona GARCÍA RUBIO. Véase GARCÍA RUBIO, F., «Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos», *Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017.

90. En este sentido se pronuncia MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS y resalta que esta tarea es compleja, no exenta de riesgos. Véase MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017: algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», *La Administración al día*, enero 2018 <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>> [última consulta, 15 de abril de 2018].

no le ha prestado suficiente atención, motivo por el cual su régimen jurídico aún queda a la espera de una completa regulación⁹¹. En este sentido, como afirma VILLAR ROJAS, solo «el tiempo y la aplicación práctica determinarán el impacto real de la nueva LCSP sobre la gestión de los servicios públicos locales»⁹², aunque de momento no puede afirmarse que se trate de un cambio radical, porque la Ley no introduce cambios significativos en la regulación sustantiva de estos contratos.

7

Bibliografía

- ALBI CHOLVI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALCOVER GARAU, G., «Aproximación al régimen jurídico de la sociedad de capital local», *Revista de Administración Pública*, núm. 134, 1994, pp. 79-108.
- ALMONACID LAMELA, V., «Sociedades mercantiles municipales: regreso al derecho», *Revista de Derecho Local*, 1 de diciembre de 2013, <<https://elderecho.com/sociedades-mercantiles-municipales-regreso-al-derecho>> [última consulta, 15 de abril de 2018].
- BAYLOS GRAU, A., «La contracción del Estado social», *Revista de Derecho Social*, núm. 63, 2013.
- BERMEJO VERA, J., *Derecho administrativo básico. Volumen II. Parte especial*, Navarra, Civitas, 2018.
- CALVO GONZÁLEZ, F. J., «La concesión de servicio público: un estudio sobre su secuestro y su caducidad», <<http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11441-la-concesion-de-servicio-publico:-un-estudio-sobre-su-secuestro-y-su-caducidad/>> [última consulta, 15 de abril de 2018].
- CAMPOS ACUÑA, M.^a C., *La nueva contratación pública en el ámbito local: Claves para una contratación electrónica y transparente*, Madrid, Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos, 2018.
- CHINCHILLA MARÍN, C., «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en VV. AA., *Estudios sobre la Ley de Contratos del Sector Público*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

91. *Ibidem*.

92. VILLAR ROJAS, F. J., «El impacto de la nueva...», *op cit.*, pp. 99-100.

- COLÁS TENAS, J., «Las especialidades de la contratación pública en la Administración local», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.
- COLOMÉ NIN, A.; GRAU ARNAU, S., «Remunicipalización de servicios locales y competencia», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, 2017, pp. 124-159.
- DÍEZ SASTRE, S.; CHINCHILLA PEINADO, J. A.; SANTIAGO IGLESIAS, D.; HERNANDO RYDINGS, M.^a; VÁZQUEZ MATILLA, J., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Curso de actualización: Especial referencia a la contratación de las entidades locales*, A Coruña, Iuris Utilitas, 2018.
- FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, M.^a Á., «El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.
- FUENTES I GASÓ, J. R., «La colaboración público-privado en el sector público local español. El régimen de las sociedades de economía mixta», en COSTA GONÇALVES, P.; TAVARES DA SILVA, S.; LOPES MARTINS, L., *Internalização dos serviços públicos municipais em Portugal e Espanha*, Coimbra, CEDIPRE, 2019, pp. 193-216.
- FUENTES I GASÓ, J. R.; JUNCOSA I VIDAL, C., «La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, núm. 1, vol. 9, enero – abril 2018, pp. 64-124.
- «Principales novedades, régimen transitorio y cuestiones adicionales», en CAMPOS ACUÑA, C. (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Las Rozas (Madrid), Wolters Kluwer, 2018, pp. 87-138.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., «La gestión de servicios públicos mediante sociedades de economía mixta en la jurisprudencia europea (I) y (II)», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núms. 105 y 106, 2011.
- GAMERO CASADO, E.; GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GARCÍA ROSA, M., «El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización», *Auditoría Pública*, núm. 71, 2018, pp. 95 y ss.
- GARCÍA RUBIO, F., «Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos», *Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017.

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, «Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, febrero-marzo de 2016.
- «La remunicipalización de servicios públicos: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 43, 2017, pp. 31-78.
 - *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.
 - «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.
 - «El nuevo modelo concesional: hacia el equilibrio entre lo público y lo privado», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a; SALA SÁNCHEZ, P.; QUINTERO OLIVARES, G., *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Barcelona, Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Barcelona, 2017.
- GÓMEZ MELERO, G., «La contratación de los entes locales», en GAMERO CASADO, E.; GALLEGO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J., «El contrato de colaboración público-privado», *Revista de Administración Pública*, núm. 170.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «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.
- *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Pamplona, Aranzadi, 2018.
- HERNANDO RYDINGS, M.^a, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Madrid, Civitas, 2012.
- HUERGO LORA, A., «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos», *Documentación Administrativa: Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017, pp. 31-51.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., «Competencias municipales y gestión de servicios: estado de la cuestión», *Diario del Derecho Municipal*, julio de 2018.

- LAGUNA DE PAZ, J. C., «Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos», *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 41-68.
- LAZO VITORIA, X., «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos», *Observatorio de Contratación Pública*, 27 de enero de 2014.
- «Los contratos de concesión», *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23, 2017, pp. 2982-2994.
- LÓPEZ MORA, M.^a E., *El contrato de concesión: el riesgo operacional*, Barcelona, Atelier, 2019.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., *Los servicios públicos locales: concepto, configuración y análisis aplicado*, Barcelona, Bayer Hnos., S. A., 2007, pp. 41-58.
- «El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios», en CARRILLO DONAIRE, J. A.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. (dirs.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos / La Ley, 2014.
 - «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.
 - «El Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público de noviembre de 2016 y la gestión contractual de servicios públicos: análisis de su planteamiento, crítica y propuesta alternativa», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2016*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017.
 - «Els debats sobre els serveis públics locals: Estat de la qüestió», *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57, 2018.
 - «La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultados de la Ley de contratos del sector público de 2017: algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local», *La Administración al día*, enero 2018 <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508227>> [última consulta, 15 de abril de 2018].
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M.; BOCOS REDONDO, P. (dirs.), *Contratación del Sector Público Local*, 4.^a edición, Madrid, Wolters Kluwer, El Consultor de los Ayuntamientos, 2018.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, C., «Las prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario: una polémica novedad en un debate eterno», *IDL-blog*, Instituto de Derecho Local, Universidad Autónoma de Madrid, febrero de 2018 <<http://www.idluam.org/blog/las-prestaciones-patrimoniales->

- de-caracter-publico-tributario-una-polemica-novedad-en-un-debate-eterno-cesar-martinez/> [última consulta, 15 de abril de 2018].
- MERINO ESTRADA, V., «Formas de gestión de los servicios locales», en CARBONERO GALLARDO, J. M. (coord.), *Teoría y práctica para la gestión de los servicios locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y los Juzgados, 2010.
- MERINO ESTRADA, V., «La concesión de servicios en la Ley de Contratos del Sector Público», *Revista de Estudios Locales. Cunal*, núm. 205, 2017, pp. 350-361.
- MÍGUEZ MACHO, L.; ALMEIDA CERREDA, M.; SANTIAGO IGLESIAS, D., *Crisis del estado de bienestar y servicios públicos locales: ¿de los servicios sociales a la asistencia social primaria?*, Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, 2012.
- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., «Sociedad mercantil local: el nuevo marco jurídico y de responsabilidad penal», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 35, 2014.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de contratos del sector público. Su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Barcelona – Madrid, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- PALOMAR OLMEDA, A.; GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Madrid, Wolters Kluwer, La Ley, 2018.
- PIOGGIA, A., «L'amministrazione pubblica in forma privata. Un confronto con la Francia e una domanda: che fine ha fatto il "pubblico servizio" in Italia?», *Diritto Amministrativo. Rivista Trimestrale*, núm. 21, vol. 3., 2013, pp. 481-507.
- PONCE SOLÉ, J., *El derecho y la irreversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2013.
- «Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis técnico y jurisprudencial del rescate de concesiones», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, 2016.
- PRIETO GONZÁLEZ, L. F., *Las Empresas Mixtas Locales*, Montecorvo, 1996.
- PRIETO GONZÁLEZ, L. F.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., «El doble papel de la Administración Pública en la empresa mixta local», *REAL*, 1996, núm. 271-272.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a, «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2012.

- RAZQUIN LIZÁRRAGA, M. M.^a, «Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 161, 2014, pp. 37-74.
- REGO BLANCO, M.^a D., «La cooperativa de servicios públicos en Andalucía como modalidad de sociedad de economía mixta local», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 99, 2017.
- «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, núm. 4, enero-diciembre de 2017.
- RENYER I ALIMBAU, J.; SABATÉ I VIDAL, J. M., «Els serveis públics locals (II)», en GIFREU FONT, J. (coord.), *Introducció al Dret Local de Catalunya*, Cedecs, Barcelona, 2002.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, I, 3.^a ed., Madrid, Iustel.
- TORNOS MAS, J., «El concepto de servicio público a la luz del Derecho comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 193-211.
- «La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.
 - «La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017, de contratos del Sector Público», *La Administración al día*, Madrid, INAP, diciembre de 2017 <<http://laadministracionaldia.inap.es/noticia.asp?id=1508103>> [última consulta, 15 de abril de 2018].
 - «La remunicipalización de los servicios públicos locales», en FONT I LLOVET, T.; DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coords.), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión: Actas del XXI Congreso de la Asociación Italo-Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Benidorm-Alicante, 26 a 28 de mayo de 2016, Iustel, 2017, pp. 21-80.
 - «El contrato de concesión de servicios», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de contratos del Sector Público*, Navarra, Aranzadi, 2018.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios de interés general», en PARISIO, V.; AGUADO I CUDOLÀ, V.; NOGUERA DE LA MUELA, B., *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., «La delimitación de los tipos contractuales», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Cizur Menor, Thomson Reuters, Aranzadi, 2018.
- VILLALBA PÉREZ, F. L., «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época*, núm. 2, 2014.
- VILLAR ROJAS, F. J., «El impacto de la nueva Ley de Contratos del Sector público en la gestión de los servicios públicos locales», *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 11, 2017, pp. 75-101.
- VILLAREJO GALENDE, H.; CALONGE VELÁZQUEZ, A., «Las principales novedades de la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 46, septiembre 2018, pp. 7-64.

El riesgo operacional en el nuevo contrato de concesión. Especial referencia al sector del agua

M.^a EUGENIA LÓPEZ MORA
Doctora en Derecho

1. Principio de libertad de administración para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras y prestación de los servicios de conformidad con el derecho nacional y de la Unión

- 1.1. Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable
- 1.2. Formas que actualmente prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para la prestación del servicio de agua potable

2. El nuevo contrato de concesión de servicios

- 2.1. La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación del contrato de concesión. Tramitación e importancia
 - 2.1.1. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e impacto en nuestro ordenamiento interno
 - 2.1.2. El riesgo operacional. Características. Clases: riesgo de demanda y riesgo de suministro
 - 2.1.2.1. El riesgo operacional en el sector del agua
 - 2.1.2.2. Distribución de los riesgos
 - 2.1.3. Exclusión del sector del agua del ámbito de la Directiva 2014/23/UE
- 2.2. Principales aspectos de la regulación del riesgo operacional en la LCSP

3. Conclusiones

4. Bibliografía

Artículo recibido el 22/05/2019; aceptado el 12/07/2019.

Resumen

La nueva Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión ha supuesto un gran impacto en la configuración de los contratos de concesión. En especial, la introducción del concepto de «riesgo operacional» como elemento caracterizador de este tipo de contratos requiere el estudio detallado del alcance de dicho riesgo, caso por caso, según el sector de que se trate y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este trabajo se analizan las posibles manifestaciones del riesgo operacional en el caso específico del contrato de abastecimiento y suministro de agua potable.

Palabras clave: *contratos públicos; Directiva 2014/23/UE; contrato de concesión; contrato de abastecimiento y suministro de agua potable; riesgo operacional; riesgo de suministro; riesgo de demanda.*

The operating risk in the new concession contracts. Special reference to the water management sector

Abstract

The new Directive 2014/23/EU of the Parliament and the Council, of 26 February 2014, on the award of concession contracts has implied a huge impact on the configuration of concession contracts. Particularly, the introduction of the concept “operating risk” as a key element of these contracts requires an in-depth analysis, sector by sector and taking into account the case law of the Court of Justice of the European Union. This article analyzes the possible manifestations of the operating risk in the specific case of the water management contract.

Keywords: public contracts; Directive 2014/23/EU; concession contract; management water contract; operating risk; supply risk; demand risk.

1

Principio de libertad de administración para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras y prestación de los servicios de conformidad con el derecho nacional y de la Unión

En el estudio de la configuración del nuevo contrato de concesión, resulta necesario partir de la libertad que el legislador comunitario reconoce a los Estados miembros, para elegir la mejor forma de gestionar la ejecución de las obras o la prestación de servicios, siempre de conformidad con el derecho nacional y de la Unión Europea, y que dicha elección se incardine a garantizar el nivel alto de calidad, de seguridad, de accesibilidad económica, de igualdad de trato, y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. A tales fines, el artículo 2.1 de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, plasma este planteamiento de libertad de los Estados miembros para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios:

1. *La presente Directiva reconoce el principio de libertad de administración de las autoridades nacionales, regionales y locales, de conformidad con el derecho nacional y de la Unión. Dichas autoridades tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos. Dichas autoridades podrán optar por realizar sus funciones de interés público con recursos propios o en colaboración con otras autoridades o confiarlas a operadores económicos.*
2. *La presente Directiva no afecta a los regímenes de propiedad de los Estados miembros y, en particular, no requiere la privatización de empresas públicas que presten servicios al público.*

Dicho lo anterior, y como se tendrá la ocasión de exponer, la elección por parte de los poderes adjudicadores de la forma más idónea para la prestación de los servicios en el supuesto específico del abastecimiento del agua, dependerá de diferentes y diversas circunstancias que se deberán analizar y observar de manera previa en cada supuesto concreto, con el fin de escoger la forma de prestación que resulte más eficaz, eficiente y sostenible con la necesidad a satisfacer. En especial, se deberá partir del examen previo de aquello que la Administración ya dispone para la prestación del servicio y de las particularidades del ámbito territorial en cuestión, para valorar si ella puede realizar la prestación, o

si ha de recurrir a la colaboración con el ámbito privado en los supuestos en los que necesite de una mayor flexibilidad en la gestión del servicio, de innovación y conocimientos técnicos avanzados para la correcta prestación, de personal especializado, de infraestructuras que sean necesarias, de financiación del servicio, entre otras muchas situaciones en las que se puede encontrar.

En todo caso, resulta necesario resaltar la importancia de este examen previo de la situación concreta para asegurar la adecuada prestación del servicio y la correcta utilización de los fondos públicos de recurrir al operador privado, máxime cuando se trata de servicios esenciales, como es el suministro del agua potable, que requieren asegurar la plena garantía de la continuidad de la prestación.

1.1

Particularidades del servicio de abastecimiento de agua potable

El abastecimiento de agua es un servicio público esencial, previsto como un servicio mínimo obligatorio (artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, LBRL) que está reservado a los entes locales (arts. 128.2 Constitución Española y 86.2 LBRL).

Además, el artículo 4 del Real Decreto 140/2003, de 7 de febrero, por el que se establecen los criterios sanitarios de la calidad del agua de consumo humano, señala que los municipios son responsables de asegurar que el agua suministrada a través de cualquier red de distribución en su ámbito territorial, sea apta para el consumo en el punto de entrega al consumidor; y también del autocontrol de la calidad y el control en grifo del agua que consume la población en su municipio cuando la gestión del abastecimiento lo sea de forma directa. En todo caso, añade que cuando la captación o la conducción, o el tratamiento o la distribución o el autocontrol del agua de consumo lo realice un gestor o gestores distintos del municipio, este velará por el cumplimiento del Real Decreto por parte de los mismos.

Respecto a las dos fases del abastecimiento del agua: «agua en alta» –actividades de abstracción, almacenamiento en embalses y transporte del agua hasta los municipios– y «agua en baja» –cesión del agua a los municipios donde es potabilizada, distribución hasta los consumidores residenciales y tratamiento posterior cuando el agua se recoge a través de la red de alcantarillado y es tratada en plantas de depuración para su retorno a los cauces naturales–, este trabajo se va a detener fundamentalmente en la segunda fase, ya que es donde puede tener un papel importante el sector privado para colaborar con la Administración para proveer servicios y gestionar las infraestructuras,

correspondiendo a los municipios y las comunidades autónomas definir la regulación del servicio y las tarifas pagadas por los usuarios.

1.2

Formas que actualmente prevé la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, para la prestación del servicio de agua potable

Dentro del elenco de formas de gestión para prestar los servicios, cabe recordar que la prestación de un servicio se puede realizar bien directamente por la propia Administración o por sus entes instrumentales, bien de manera indirecta por un ente privado o una empresa de capital mixto, es decir, mediante una forma de colaboración público-privada (CPP)¹. Así, el artículo 85 de la LBRL, en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL), establece las formas de prestación de los servicios públicos locales, que, en todo caso, se deberán gestionar de la forma más sostenible y eficiente:

2. *Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:*

A) *Gestión directa:*

- a) *Gestión por la propia entidad local.*
- b) *Organismo autónomo local.*
- c) *Entidad pública empresarial local.*
- d) *Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.*

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

1. NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, págs. 223 a 252.

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.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

Es en la modalidad de gestión indirecta donde se ha producido un cambio significativo, como consecuencia precisamente de la transposición de la Directiva 2014/23/UE. En efecto, el ya derogado Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, seguía el esquema tradicional previsto en nuestro ordenamiento jurídico –en la línea de la Ley de Contratos del Estado de 1965–, configurado por las siguientes formas de gestión indirecta:

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

Mientras que la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) mantiene, como formas indirectas de prestación, el contrato de concesión de servicios y la sociedad de economía mixta, tal y como está prevista en la Disposición adicional vigésima segunda, desapareciendo la gestión interesada y el concierto.

Al respecto, y al margen de las diferentes opiniones doctrinales vertidas como consecuencia de la eliminación del contrato de gestión de servicios públicos² como tal, lo cierto es que en el panorama actual, para la prestación de los servicios, las posibilidades que contempla la actual Ley de contratos vienen determinadas por el contrato de servicios (artículos 308 a 315), el contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía (artículo 312) y el contrato de concesión de servicio (artículos 284 a 297). En el supuesto específico de la prestación del servicio de abastecimiento de agua potable, se podrá prestar de acuerdo a estas dos últimas modalidades contractuales, en atención a si existe transferencia del riesgo operacional al concesionario o no.

En efecto, la nueva configuración del contrato de concesión de servicios y los cambios operados como consecuencia de la transposición de la Directiva 2014/23/UE que impactan en nuestro ordenamiento, requieren, sin duda, un estudio detenido de los nuevos contornos de este contrato, en especial, del riesgo operacional, característica intrínseca del contrato de concesión y que lo distinguirá de las figuras contractuales anteriormente mencionadas.

En todo caso, cabe apuntar ya ahora que la elección de la prestación del servicio vía contrato de concesión de servicios, si existe la transferencia al concesionario del riesgo operacional, comporta que, de acuerdo con la normativa de contabilidad EUROSTAT, no compute como déficit público, entendiendo que no es un gasto público³.

2. GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 207; MÍGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, pág. 406; MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2015), «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, págs. 2 a 40; PERDIGÓ SOLÀ, J. (2016), «El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones», en PARISIO, V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 a 334. Sobre la valoración de dicha supresión, me remito al estudio efectuado por LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, págs. 321 a 335.

3. La Decisión 18/2014, de 11 febrero, *News Release*, concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste ni la financiación de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas. *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*. La Oficina Estadística de la Comisión (EUROSTAT) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los Estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (sistema contable

2

El nuevo contrato de concesión de servicios

2.1

La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación del contrato de concesión. Tramitación e importancia

Dentro del nuevo panorama de la contratación pública determinado por las directivas de cuarta generación, la aprobación de la Directiva 2014/23/UE de concesiones ha supuesto, sin duda alguna, un hito de gran trascendencia en la regulación y configuración de este contrato de colaboración con el sector privado.

La Directiva 2014/23/UE define los contratos de concesión –en la línea de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios– como aquellos contratos a título oneroso celebrados entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadoras, cuyo objeto es la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios, y cuya contrapartida es normalmente el derecho a explotar las obras o los servicios únicamente o bien este derecho junto con un pago; y se añade que la adjudicación de los contratos de concesiones de obras o de servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional (artículo 5). Por lo tanto, los elementos fundamentales del contrato de concesión son el derecho a explotar las obras o los servicios objeto del contrato, y la asunción del riesgo operacional por parte de los concesionarios, aspectos que precisamente los diferencian de los contratos de obras y contratos de servicios respectivamente.

SEC 2010). Además este organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los Estados miembros. EUROSTAT, a través de su oficina estadística, ha ido estableciendo criterios para el tratamiento en las cuentas nacionales de las asociaciones público-privadas, que contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar en este tipo de relaciones dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para constituirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. Según EUROSTAT, para que la inversión en activos vinculados a una fórmula de CPP no compute como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: que el socio privado soporte el riesgo de construcción y al menos uno de los riesgos de demanda o de disponibilidad. Si se cumplen estas condiciones, los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por lo tanto no se computará como déficit de la Administración pública.

El principal objetivo de la Directiva es la eliminación de la inseguridad jurídica existente respecto a la figura concesional, derivada de la falta de sometimiento, hasta el momento, de los contratos de concesión de servicios a las directivas de contratación, y de la proliferación de diversas interpretaciones por parte de los diferentes Estados miembros.

Y es que, tradicionalmente, ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de los contratos de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios), del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias. No quedaban claros los contornos de las figuras de las concesiones y los contratos públicos, incluso se llegaban a confundir, ni quedaba resuelto el encaje de nuestro contrato de concesión de servicios públicos.

Los problemas versaban sobre el hecho de que hasta el momento, a pesar de que los contratos de concesión representaban el 60 % de los contratos de CPP, el derecho comunitario no preveía una regulación propia de esta figura contractual; a los contratos de concesiones de servicios únicamente se les aplicaban los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 13 de diciembre de 2007 (TFUE): principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Ello propiciaba —como reconoce el legislador en el Considerando 1— falseamientos graves del mercado interior, limitando el acceso de las empresas europeas a las oportunidades económicas que ofrecen los contratos de concesión, y ello generaba costes y resultaba perjudicial para los competidores establecidos en otros Estados miembros.

Las primeras directivas sobre contratos excluyeron a las concesiones de su ámbito de aplicación; por lo tanto, la licitación de estos contratos no quedaba sujeta a los procedimientos de selección de contratistas, a la obligación de publicidad, ni al respeto de unos criterios de adjudicación. Esta libertad otorgada a los Estados para elegir los procedimientos a seguir en materia de concesiones provocó diferentes consideraciones sobre su naturaleza y régimen jurídico, que se hacían depender de criterios nacionales. Ello llevó a que el legislador comunitario formalizase el concepto de concesión de obras públicas; así, la Directiva 71/305/CEE ya fijó sus principales caracteres. Posteriormente, la Directiva 89/440/CEE fue donde el legislador, consciente de la creciente importancia de las concesiones de obras, reconoció su específica naturaleza contractual y destacó la importancia de establecer normas relativas a la publicidad a partir de un determinado umbral, pero quedaba pendiente el tratamiento de los contratos de concesión de servicios.

Desde las instituciones comunitarias existían dudas en torno a la aplicación y alcance de los principios de contratación pública a las concesiones de servicios, y esta situación llevó a la Comisión a abordar este tema en alguna

de sus comunicaciones interpretativas y libros verdes, que configuran el *soft law*, y que han servido como avance o anticipo de una intervención imperativa vía *hard law*, y como complemento o parámetro de interpretación del derecho vigente, al recoger y sistematizar los pronunciamientos jurisprudenciales. Así, si bien las primeras comunicaciones interpretativas se dirigieron a la determinación de los principios que eran de aplicación a los contratos de concesión, posteriormente ya se fueron focalizando en la importancia de la asunción por parte del concesionario del riesgo de explotación (2000) y en la necesidad de una regulación de estas figuras contractuales (2005) para garantizar una mayor seguridad jurídica a estas asociaciones de tipo contractual (2011).

2.1.1

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea e impacto en nuestro ordenamiento interno

La Directiva 2014/23/UE positiviza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha ido delimitando los elementos fundamentales del contrato de concesión y depurando los contratos de servicios de los de concesión de servicios.

Es importante destacar la evolución operada en los pronunciamientos del TJUE, que si bien en un primer momento centró el criterio diferenciador en el modo de remuneración del contratista: pagado por los usuarios, en el contrato de concesión, y por la Administración, en el contrato de servicios (STJUE de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*, C-360/96), posteriormente fue introduciendo como elemento diferenciador el riesgo de la explotación de la obra o los servicios o *riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*, vinculado a la oferta y a la demanda, de manera que si el concesionario no asume el riesgo de explotación no habrá concesión, sino contrato de servicios, con independencia de que la retribución del contratista proceda de la Administración o de los usuarios.

En este sentido, cabe traer a colación la STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03): «... el prestador del servicio asume el riesgo de explotación de los servicios...»; la STJUE de 15 de octubre de 2009, *Acoset* (C-196/08): «... riesgo vinculado a la explotación del servicio...», y la STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater* (C-274/09): «... si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende que además implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de servicios de que se trate...».

Resulta de interés la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurowasser* (C-206/08), al flexibilizar el alcance de este riesgo: «... debe existir un riesgo de explotación importante, pero que no es necesario que este se corresponda con el riesgo económico que existe habitualmente en un mercado libre...».

Y, finalmente, merece una especial mención la emblemática STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma SIA y Dekom* (C-348/10), al afirmar lo siguiente: «... el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de la 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».

A nivel interno, han existido problemas de encaje en nuestro ordenamiento jurídico, pues la diferenciación entre los dos tipos contractuales, contratos de servicios y contratos de concesión de servicios públicos, dependía de si el servicio beneficiaba a los ciudadanos –concesión de servicios– o a la propia Administración –contrato de servicio–, y según la existencia o no de un servicio público.

Dicha delimitación se fue viendo afectada por la jurisprudencia comunitaria, que considera irrelevante para la calificación jurídica que un contrato sirva para cumplir una función de interés general (servicio público), y reconoce que existe concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio, y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del mismo.

De acuerdo con estos pronunciamientos, esta ha sido en líneas generales la senda que han ido siguiendo, en los últimos años, tanto las juntas consultivas de contratación como los tribunales y órganos resolutorios de los recursos contractuales, a la luz de la jurisprudencia comunitaria ya analizada, reinterpretando el riesgo del artículo 277.a) del TRLCSP como un riesgo específico del riesgo propio de las concesiones de acuerdo con los parámetros jurisprudenciales comunitarios, frente al riesgo general –principio de riesgo y ventura– de todos los contratos previsto en el artículo 215 del TRLCSP.

Este «anclaje» ha sido especialmente importante para delimitar los contratos de servicios –que estaban regulados por la Directiva 2004/18/CE– de los contratos de concesión de servicios –que quedaban fuera del ámbito de aplicación de dicha Directiva–, ya que se manejaban como técnicas contractuales intercambiables, mientras que tienen consecuencias diferentes tanto desde la perspectiva del régimen jurídico como desde la contabilidad comunitaria.

Visto cuál era el panorama hasta la aprobación de la Directiva 2014/23/UE, cabe destacar que la principal novedad de la misma es la regulación autónoma de las concesiones y su carácter de mínimos y de consenso, respondiendo a la necesidad de zanjar de una vez la inseguridad existente debido a la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión Europea en el ámbito de la adjudicación de estos contratos.

2.1.2

El riesgo operacional. Características. Clases: riesgo de demanda y riesgo de suministro

Dibujado el ámbito de aplicación de la Directiva, el núcleo principal del trabajo se centra en el estudio del concepto, significado y características del riesgo operacional⁴ –*operating risk* o riesgo en la operación–, pues si bien la Directiva vincula el contrato de concesión al riesgo operacional, no queda definido de manera precisa. Todo ello exige la necesidad de fijar el alcance y significado del riesgo operacional, y dar pautas para la correcta atribución de este riesgo en los diferentes tipos de contratos. La transferencia del riesgo operacional determinará la existencia de un contrato de concesión y lo distinguirá de otras figuras contractuales. Y es que la correcta calificación del contrato es una cuestión no meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto que de la incorrecta tipificación de un contrato público podían alterarse las normas y los principios esenciales en una licitación pública, amén de otras importantes repercusiones.

4. LAZO VITORIA, X. (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 517 a 544; idem (2015.a), «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de riesgos», en www.obcp.es, 27/01/2014; idem (2015.b), «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 425 a 436; GIMENO FELIÚ, J. M.^a, SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona; MÍGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios...», *op. cit.*, págs. 400 a 405; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2015), «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 183 a 191; y LUERGO LORA, A. (2018), «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 70, págs. 20 a 33.

El legislador comunitario, a lo largo de los considerandos y del articulado de la Directiva 2014/23/UE, va exponiendo los rasgos y las características del riesgo operacional, lo que me permite llegar a las siguientes conclusiones:

1. El riesgo operacional es un riesgo de **carácter económico**, vinculado a una explotación económica; ello significa que no está garantizado que el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión en condiciones normales de funcionamiento. De manera que existirá concesión aun cuando la remuneración proceda exclusivamente del poder o entidad adjudicadora, siempre que no elimine el riesgo asumido por la explotación, es decir, que «la recuperación de las inversiones y costes satisfechos por el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios dependa de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios» (Considerando 18).
2. Este riesgo que se transfiere al concesionario **no tiene que ser total**, pues una parte del riesgo lo puede seguir asumiendo el poder o entidad adjudicador (artículo 5.1 de la Directiva), ya que sería excesivo exigir que el concesionario asumiese todos los riesgos inherentes a la construcción y explotación de la obra o servicio. En todo caso, para afirmar que se trata de una concesión, se deberá transferir al concesionario **una parte significativa** del riesgo de explotación (Considerando 19, 2.^a parte).

Esta nota es, sin duda alguna, de especial relevancia en determinados sectores. Así, el TJUE, en la Sentencia de 10 de septiembre de 1998, *Eurowasser*, relativa a un servicio de abastecimiento de agua en Alemania, introdujo esta concepción «relativa» del riesgo de explotación, al afirmar lo siguiente: «no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo», al tratarse de un sector de actividad en que, por su carácter de servicio público básico, no existen auténticas posibilidades de explotación comercial, «por ser objeto de una reglamentación que tiene como resultado limitar los riesgos económicos que corren», como sucede en los supuestos de suministro de agua y evacuación de aguas residuales.

En este supuesto, y atendiendo a la demanda y a la intensa regulación, el TJUE concluyó lo siguiente:

76 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública

del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.

77 En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

78 Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si la entidad adjudicadora ha transferido la totalidad o una parte significativa del riesgo que corre.

79 A tal fin no deben tenerse en cuenta los riesgos generales derivados de las modificaciones de la normativa acaecidas durante la ejecución del contrato.

3. Este riesgo operacional de carácter económico está ligado al devenir del mercado, ya que la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una **exposición real a las incertidumbres del mercado** que no sea meramente nominal o desdeñable, si bien la Directiva no especifica si esta exposición a las incertidumbres del mercado es en general o tiene que ser en todo momento de la vida de la concesión. En todo caso, como el objetivo es que el riesgo sea real, el legislador regula la duración del plazo de las concesiones como forma para hacerlo efectivo.
4. Este riesgo operacional, si bien **es previsible, ha de ser incierto**, es decir, se entiende que debe **derivarse de factores externos** que escapen del control de las partes, ajenos a las condiciones en las que el concesionario ejecuta el contrato, de manera que la mala gestión, otros incumplimientos que deriven del propio concesionario o fuerza mayor no se pueden considerar riesgo operacional (Considerando 20 de la Directiva), pues son factores que son propios de todos los contratos.

De lo estudiado, partiendo de que el concesionario tiene que asumir un riesgo económico de la explotación, pero no tiene que asumir todos los riesgos —o compartimentación del riesgo operacional con el poder o entidad adjudicadora— para que podamos estar ante una concesión, se debe transferir al concesionario el riesgo operacional que es: **riesgo de demanda, o riesgo de suministro, o los dos**, sin que el artículo 5 diga nada más, ni defina ni indique ningún aspecto de ambos tipos de riesgos. Y es precisamente la falta de determinación del alcance del riesgo de suministro, y la alternancia de las referencias riesgo de suministro y riesgo de oferta, la razón por la que resulta necesario profundizar al respecto y definir este tipo de riesgo, pues si bien el riesgo de demanda, o uso o frecuentación, queda claro en la Directiva,

además de haber sido el criterio que tradicionalmente se ha ido utilizando y que se ha ido analizando por la jurisprudencia, no sucede lo mismo respecto al riesgo de suministro.

De acuerdo con el texto original de la Directiva en su versión en inglés, tanto el Considerando 20 como el artículo 5 se refieren al *supply risk*, mientras que en la traducción se produce un baile de referencias: del riesgo de suministro en el articulado, al riesgo de oferta en el Considerando 20, terminología más cercana a la teoría económica.

Para la delimitación del riesgo de suministro, resulta imprescindible tener en cuenta la versión original de la propuesta de Directiva, que hacía referencia al «riesgo operacional sustancial» –*sustancial operating risk*– y diferenciaba dentro del riesgo económico: el riesgo de demanda y el de disponibilidad. Al respecto, resulta necesario observar el cambio de planteamiento y flexibilización en el reparto de riesgos operado en los contratos de CPP, que pasó de estar basado exclusivamente en la demanda a contemplar también la disponibilidad, ya que en determinados supuestos la demanda real ha sido inferior a la prevista, y como consecuencia de la crisis económica del 2008, que ha supuesto por parte de determinadas entidades la negativa de financiación de proyectos que suponían una transferencia sustancial del riesgo de demanda al agente.

También se deben tener presentes los riesgos del Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea, fijado por el Reglamento 549/2013 (SEC 2010), y previo estudio de los tipos de riesgos y criterios de la Directiva (riesgo de demanda y riesgo de suministro) del SEC (riesgo de construcción, riesgo de demanda, riesgo de disponibilidad); si bien la comparativa resulta necesaria para intentar entender y orientar el alcance del riesgo operacional de la Directiva, considero que no tienen por qué coincidir los riesgos y criterios de la Directiva y del SEC –son regulaciones con finalidades distintas–, y que la Directiva va más allá del SEC, al hacer referencia a más supuestos.

Dicho lo anterior, del examen del articulado de la Directiva se comprueba que no se hace ninguna otra aclaración en el sentido de si la referencia al riesgo de suministro en vez de riesgo de disponibilidad es meramente semántica o si es de fondo, si dentro del riesgo de suministro puede entenderse el riesgo de disponibilidad o si el riesgo de disponibilidad quedó reemplazado por el riesgo de suministro u oferta, o si son riesgos diferentes. Teniendo en cuenta la situación económica en la que se ha ido gestando la Directiva, todo parece apuntar a que ya en la propuesta el legislador comunitario quiso flexibilizar⁵ el criterio tradicionalmente utilizado para determinar una concesión

5. LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), «El nuevo contrato de concesión...», *op. cit.*, pág. 161.

basado exclusivamente en el riesgo de demanda, y, siguiendo esta finalidad, la redacción definitiva de la Directiva no ha de suponer un cambio radical de los criterios que ya preveía la propuesta, sino que vendría a completar y a perfilar el riesgo operacional, de manera que supone una corrección de los criterios del SEC 2010 para el supuesto específico de las concesiones.

De la comparativa entre la redacción final y la propuesta, este cambio de última hora operado durante la tramitación de la propuesta de Directiva –riesgo de disponibilidad por riesgo de suministro– hay que entender que no es meramente semántico, sino que trata de complementar y abarcar más supuestos de los que inicialmente preveía la propuesta, así como asegurar que no hay concesión por la simple transferencia del riesgo de disponibilidad, pese a la oposición de algún sector, deviniendo la demanda un aspecto clave para completar el alcance del riesgo operacional, al afectar a toda la inversión y a los costes de gestión asumidos por el concesionario.

Al respecto, considero que, aun partiendo de que el riesgo de suministro no es equivalente al riesgo de disponibilidad, en tanto el riesgo de suministro hace referencia a la manera como se presta en general el servicio u obra, dentro de este riesgo ha de incluirse el riesgo de disponibilidad y el riesgo de construcción⁶, ya que uno de los principales ejes sobre los que gira la Directiva es que no se garantiza al concesionario que vaya a recuperar las inversiones y los costes realizados, esto es, que la inversión de capital en riesgo y costes significativos no sea reembolsada o compensada hasta que el activo funcione adecuadamente. Ahora bien, el riesgo de disponibilidad depende de factores que el propio concesionario puede controlar, al referirse a las consecuencias de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requeridas, mientras que el riesgo operacional, como expresa el Considerando 20, ha de atenerse a factores que escapan de los concesionarios.

Llegados a este punto, el Considerando 20 aclara el alcance y contenido del riesgo de suministro de la concesión, cuando define el riesgo de oferta. Veamos: es revelador que el legislador afirme que el riesgo operacional puede ser riesgo de demanda o riesgo de suministro o los dos, y a renglón seguido defina el riesgo de oferta englobando el riesgo de suministro, al afirmar: «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». Es decir, el riesgo de oferta es aquel

6. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2018), «La prestación de servicios hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T. M. (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 184.

riesgo de suministro específico del contrato de concesión conectado con la demanda del servicio u obra, de manera que la especificación del legislador «en particular» permite vincular ese «riesgo de suministro» a las incertidumbres de mercado, mediante la conexión «que no se ajuste a la demanda». El legislador comunitario está haciendo referencia a aquellas situaciones en las que, como consecuencia de la propia demanda, se agoten el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida o del servicio prestado, aunque el concesionario cumpla correctamente la prestación.

Así las cosas, el riesgo de oferta vendría a ser un mecanismo de cierre del planteamiento del riesgo operacional⁷, en el sentido de que el concesionario ha de preparar una oferta que luego puede encontrar respuesta, o no, en una demanda efectiva y suficiente para cubrir inversiones y costes, y obtener un beneficio. Esta matización del riesgo de suministro se ajusta a la teoría económica: el riesgo comercial es riesgo de demanda y riesgo de oferta. Esta interpretación permite despejar las dudas planteadas inicialmente y nos permite completar el alcance del riesgo de suministro, siguiendo con la jurisprudencia comunitaria (en especial, la STJUE *Norma Sia y Deckom*).

A nivel de derecho europeo comparado, y del análisis de la transposición efectuada por otros Estados miembros como Gran Bretaña, Francia, Alemania e Italia, es la legislación italiana la que permite corroborar el alcance y significado del riesgo de suministro en el sentido anteriormente expuesto. En efecto, el Decreto Legislativo núm. 50⁸, en su artículo 180, relativo al contrato de partenariado, señala que el riesgo que asumirá el operador económico es el riesgo de construcción y riesgo de disponibilidad, y, en los supuestos en los que haya mercado, el riesgo de demanda de los servicios prestados. Y el párrafo 3 afirma que la recuperación de las inversiones realizadas y los costes dependerán de la efectiva prestación del servicio, o de la utilidad de los trabajos, o del volumen de los servicios prestados de acuerdo con la demanda, y, en cualquier caso, del cumplimiento de los niveles de calidad contratados, siempre que se haya realizado la evaluación *ex ante*. De manera que esta definición encaja con el Considerando 20 de la Directiva 2014/23/UE, esto es, el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

7. GIMENO FELIÚ, J. M.^a, hace referencia al riesgo de suministro de oferta o riesgo de suministro de demanda en (2017), «Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, pág. 206.

8. Decreto Legislativo de 18 de abril de 2016, núm. 50, titulado *Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (16G00062).

2.1.2.1

El riesgo operacional en el sector del agua

Visto cuáles son los principales caracteres del riesgo operacional, y sin que la jurisprudencia del TJUE haya tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo y aportar nuevas consideraciones sobre el alcance del riesgo operacional desde la aprobación y entrada en vigor de la Directiva 2014/23/UE, para el estudio de la existencia de la transferencia al concesionario del riesgo operacional, deberemos seguir los parámetros fijados por las sentencias del TJUE anteriormente citadas, que, si bien no hacen mención expresa del riesgo de suministro, aluden a diferentes manifestaciones de dicho riesgo.

Así, la ya mencionada STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater* (C-274/2009), relativa a un contrato de socorrismo, se refiere al riesgo de suministro cuando el importe de los precios por la utilización de los servicios depende del resultado de negociaciones anuales con terceros, sin que se garantice al concesionario la cobertura íntegra de los costes soportados. No afecta a esta consideración el hecho de que los precios no sean pagados directamente por los usuarios, sino por una oficina liquidadora central encargada de recaudar y abonar esos importes en forma de pagos a cuenta periódicos; puesto que todas las remuneraciones del prestador de servicio proceden de personas distintas de la entidad adjudicadora que le ha atribuido el contrato (apartados 29 y 48).

También la ya estudiada STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom* (C-348/10), apartado 48, hace referencia a diferentes manifestaciones de los riesgos:

1. *Riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores.* Se refiere al riesgo de oferta, en tanto obliga al concesionario a tener que ajustar muchos aspectos de su prestación para ser más competitivo: como el precio y los servicios de la prestación, la calidad de la prestación, la conservación y el estado de las instalaciones, la atención al usuario, entre otros.
2. *Riesgo de desajuste entre oferta y demanda.* Este supuesto sería encuadrable desde el punto de vista tanto del riesgo de demanda, en aquellos supuestos en que no haya uso del servicio, como del riesgo de oferta, en tanto el concesionario puede encontrar mucha o poca demanda y puede no cubrir los gastos e inversiones efectuados, bien porque suministre más de la demanda, bien porque el usuario se quede sin suministro.
3. *Riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.* Es una manifestación del riesgo de oferta, ya que, aun pres-

tando el servicio, y haciéndolo correctamente, puede suceder que no sea retribuido (STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater*, C-274/09).

4. *Riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.* El concesionario asume unas pérdidas por la explotación sin que sea compensado o aliviado por el poder adjudicador; es, pues, un supuesto claro de riesgo de oferta.
5. *Riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.* Este riesgo, que deriva de la STJUE de 27 de octubre de 2005, *Contse* (C-234/03), es consecuencia de una irregularidad en el suministro que no es imputable al concesionario.

Aplicando estos criterios jurisprudenciales a un contrato de suministro y abastecimiento de agua potable, se pueden apuntar los siguientes posibles supuestos de transferencia de los tipos de riesgo operacional al concesionario:

1. *Riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores.* En principio, en un contrato de concesión de servicios de abastecimiento de agua potable es discutible que el operador económico asuma un riesgo de enfrentarse a esta competencia, ya que puede apreciarse la existencia de un monopolio de hecho en algunas poblaciones.
2. *Riesgo de desajuste entre oferta y demanda.* Desde el punto de vista de la demanda⁹, que, en general, puede verse alterada por factores como el ciclo económico, las nuevas tendencias de mercado, un cambio en las preferencias de los usuarios finales (resulta difícil este supuesto teniendo en cuenta que el agua es una actividad esencial, un bien vital para el ser humano), cabe apuntar que en el suministro del «agua en baja», en principio, y según las diversas situaciones, el riesgo de demanda será inexistente o mínimo. Ello resulta porque la demanda de este servicio esencial generalmente es fija, con lo que, salvo casos puntuales estructurales, derivados de la instalación o del cambio de ubicación de un gran número de usuarios –como podría ser el supuesto del traspaso de una gran empresa que consumiese una

9. Existen sectores en los que, por contra, la transferencia del riesgo de demanda al concesionario es evidente. En este sentido, cabe traer a colación la reciente Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía núm. 276/2018, relativa a un servicio de tanatorio, en la que queda acreditada la existencia de riesgo de demanda, al afirmar que «no está garantizada la posibilidad de que los potenciales usuarios soliciten los servicios del tanatorio de Ayamonte en número suficiente para la obtención de beneficios y no de pérdidas. El órgano de contratación transfiere el riesgo derivado de la explotación del servicio, debiendo el contratista asumir el riesgo a pérdidas si la demanda de usuarios fluctúa o desciende durante la vigencia del contrato respecto a sus previsiones iniciales, o si los gastos de explotación son superiores a los estimados».

cantidad significativa de agua o la urbanización de una nueva zona—, el número de usuarios es estable, inelástico o cautivo.

Desde el punto de vista de la oferta, puede ocurrir que el operador económico, por determinados factores derivados de la demanda, se quede sin suministro y no pueda abastecer toda la demanda existente, o que el suministro sea inadecuado; es lo que se debe entender por riesgo de suministro u oferta. Recordemos que el riesgo de suministro u oferta hace referencia tanto al riesgo de construcción (supuestos que requieran la instalación de infraestructuras —en estos supuestos o *greenfields* el riesgo de demanda, junto con el de construcción, adquiere gran importancia, ya que se desconoce la demanda efectiva de utilización de dichos servicios— y de elementos constructivos) como al riesgo de disponibilidad, esto es, suministrar los servicios en la cantidad y calidad pactadas (de gran trascendencia en los supuestos de infraestructuras ya existentes o *brownfields*, pues en estos supuestos ya se conoce el número aproximado de usuarios). Vinculado al riesgo de disponibilidad, nos encontramos con el riesgo tecnológico en aquellos proyectos que requieran un alto nivel técnico por comportar un riesgo del progreso como consecuencia del avance de la tecnología u obsolescencia tecnológica, entendiendo que la falta de suministro en la cantidad pactada contractualmente o de la seguridad o los niveles especificados, es consecuencia del riesgo tecnológico asumido, tal como indicó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en el Informe 9/2016.

3. *Riesgo por la insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.* Respecto al posible impago por parte de los usuarios en este caso de las tarifas, al tener una naturaleza de prestaciones patrimoniales públicas no tributarias, de carácter privado, quien paga es el usuario del servicio y quien cobra es el contratista o concesionario, no existe un ejercicio de autoridad para su gestión y cobro. Es el concesionario el encargado de asegurar que se produzca el pago por parte de los usuarios, de acuerdo con la normativa procedimental recogida por los respectivos reglamentos de cada servicio, y quien asume el riesgo de impago —a diferencia de lo que sucede con las tasas, en las que existe un procedimiento de apremio—. De manera que el riesgo por la insolvencia en el pago de las tarifas es una manifestación del riesgo comercial¹⁰, es un riesgo de

10. Informe 14/2018 de la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, y resoluciones del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad de Madrid sobre contratos de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión de servicios en la gestión del

suministro u oferta, ajeno a la buena gestión del concesionario y sin que pueda ser aliviado o compensado por el poder adjudicatario.

4. *Riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.* Ello comporta que el concesionario deberá asumir los gastos derivados de las inversiones y gastos de la explotación del servicio de abastecimiento de agua potable, que puede que sean superiores a la cantidad que perciba por su prestación, sin que pueda ser compensado o aliviado por el poder adjudicador. Por lo tanto, este supuesto está ligado a la transferencia efectiva de los riesgos, ya que de lo contrario estaremos ante un supuesto clásico de riesgo y ventura propio de todos los contratos, en el que los contratistas han de asumir el mantenimiento y conservación ordinaria del servicio.
5. *Riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.* Este supuesto deriva de las consecuencias de la irregularidad en el riesgo de suministro u oferta anteriormente analizado.

En definitiva, la flexibilidad operada a nivel jurisprudencial en el concepto de contrato de concesión, junto con el alcance del riesgo operacional establecido en la Directiva 2014/23/UE, permite concluir que existirá un contrato de concesión de servicios si la transferencia efectiva de los riesgos de demanda y/o suministro, en su conjunto, supone que el concesionario asuma «una parte significativa» del riesgo de explotación del servicio. En el supuesto específico del servicio de abastecimiento de agua potable, al ser una actividad reservada, por el tipo de demanda y la regulación del sector, será posible acudir a la vía concesional, si existe efectivamente una transferencia significativa del riesgo operacional, aunque sea limitada.

2.1.2.2

Distribución de los riesgos

Desde el punto de vista del reparto de los riesgos, se deberá analizar cada supuesto concreto, atendiendo al sector de que se trate y a las específicas características de la prestación. En todo caso, considero importante incidir en que, en la redacción utilizada para trasladar el riesgo operacional al concesionario:

servicios de escuelas infantiles (resoluciones 92/2014, 93/2014, 94/2014, 95/2014, 96/2014, 97/2014, 98/2014, 99/2014, 100/2014, 101/2014, 102/2014, 103/2014, 104/2014, 105/2014, 74/2015 y 79/2015), en los que apreció la existencia de un riesgo de demanda en actividades complementarias ofertadas, y del riesgo que asumen los adjudicatarios por los impagos de los usuarios sin que la Administración lo garantice.

«riesgo de demanda o riesgo de suministro o ambos», la utilización de la preposición disyuntiva «o» no ha de suponer que se esté otorgando una libertad absoluta de elección a las partes en el momento del reparto de los riesgos al margen de la realidad, de quien sea el que mejor puede asumirlos, pues ello supondría un fraude al espíritu y finalidad de la Directiva 2014/23/UE. Todo lo contrario, lo único que debe desprenderse de dicha redacción es la voluntad de flexibilizar dicha transferencia de riesgo: el riesgo operacional puede ser, además del riesgo de demanda, riesgo de oferta, pero no únicamente en función del riesgo de disponibilidad, para adecuar mejor el riesgo asumido al contrato en cuestión y al sector específico de que se trate.

2.1.3

Exclusión del sector del agua del ámbito de la Directiva 2014/23/UE

Delimitado el contorno y significado del riesgo operacional, cabe señalar que, si se transfiere este riesgo al concesionario, la Directiva 2014/23/UE prevé la exclusión de los contratos de concesión del ámbito de la Directiva que tengan por objeto determinados supuestos de concesión del sector del agua. Esta exclusión refleja la transcendencia de este sector, que va más allá del carácter meramente contractual y supone preservar el derecho del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión Europea, derecho genuino y autónomo que traspasa la contratación pública, entroncado con otros derechos fundamentales superiores como el derecho a la salud, a la calidad y al medio ambiente.

En este sentido, cabe indicar que los servicios del agua están considerados en principio como Servicios de Interés Económico General (SIEG), si bien su interés económico es relativo y singular, de manera que los aproximan a la configuración de los Servicios de Interés No Económico General (SNEIG).

La exclusión de determinadas concesiones del agua es una de las que más incidencia ha tenido; se gestó durante el procedimiento de tramitación de la Directiva, de manera que, en la fase final, se decidió excluir el sector del agua por la presión de algunos Estados miembros, ya que inicialmente estaba dentro del ámbito de aplicación de la propuesta de Directiva¹¹, quedando

11. La propuesta de Directiva de concesiones de 20 de enero de 2011 ya encontró una oposición generalizada puesta de manifiesto en el Informe del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, el Informe del Comité Económico y Social, de 26 de junio de 2012, y el Informe del Comité de las Regiones, de 13 de septiembre de 2012, centrada principalmente en la gestión del servicio del abasteci-

estos contratos de concesión incluidos en la Directiva de sectores especiales 2014/25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE¹² (Directiva 2014/25/UE).

De acuerdo con el artículo 12 y los considerandos 40 y 84 de la Directiva 2014/23/UE, quedan excluidas las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar servicios al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable, o a suministrar agua potable a dichas redes. También se excluye, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible, gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje. Ello supone que el contrato de servicio de gestión integral del agua es un contrato no sujeto a regulación armonizada, y en consecuencia, no resulta obligatoria la publicación comunitaria.

El artículo 12 de la Directiva no distingue en este tipo de concesiones si se trata de aquellas concedidas por «poderes adjudicadores» o «entidades adjudicadoras», mientras que el artículo 10 de la Directiva 2014/25/UE –al

miento del agua de consumo humano y el saneamiento de aguas residuales. Esta oposición se puso de manifiesto en la iniciativa Ciudadana Europea ICE que se promovió a partir del Foro Mundial del agua, celebrado en Marsella, en marzo de 2012. En respuesta a esta oposición y siguiendo la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 64/292, de 28 de julio de 2010, la Comisión Europea aprobó el Documento *El derecho al agua y al saneamiento como derecho humano*, de 19 de marzo de 2014. En base a los trabajos preparatorios de este documento en el proceso de negociación de la propuesta de Directiva de concesiones los representantes del Consejo, Parlamento Europeo y Comisión Europea convinieron la exclusión del servicio de abastecimiento de agua potable, así como del alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, cuando dicho servicio se preste junto con el abastecimiento del agua. De acuerdo con la Comunicación de 19 de marzo de 2014 COM (2014) 177 final, la Comisión indicó que acogía con satisfacción la movilización de los ciudadanos europeos en apoyo del acceso al agua potable segura y el saneamiento, y que seguiría garantizando la neutralidad de la UE respecto a las opciones nacionales, regionales y locales en materia de prestación de los servicios del agua, al tiempo que velaría por el respeto de principios clave de los tratados como la transparencia y la igualdad de trato.

12. La Directiva 2014/25/UE aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico interno. En el momento de redacción de este trabajo, se había publicado el informe de la ponencia del proyecto de Ley sobre los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales por la que se transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, de 28 de enero de 2019).

ser de aplicación a las «entidades adjudicadoras»— precisamente recoge los supuestos de exclusión anteriormente transcritos que hacen referencia a estas últimas, si bien con alguna ligera diferencia, pues hace referencia a entidades adjudicadoras que ejerzan una actividad contemplada en el apartado 1. En todo caso, cabe señalar que el régimen de la Directiva 2014/25/UE —atendiendo a la concurrencia de los tres requisitos que se deben dar para que sea aplicable: sujeto, objeto y cuantía— es más flexible que la Directiva de concesiones.

Al respecto, la LCSP no prevé ninguna exclusión de este sector, por lo que los contratos de concesión de servicios de los poderes adjudicadores que hagan referencia al agua se regirán por los artículos 284 a 297 de la LCSP, y supletoriamente por la regulación del contrato de concesión de obras. Mientras que, en los supuestos de entidades adjudicadoras que reúnan los requisitos de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, deberán regularse por esta Ley y por la Directiva 2014/25/UE, que tiene efecto directo desde el 18 de abril de 2016, hasta la efectiva transposición de la Directiva.

2.2

Principales aspectos de la regulación del riesgo operacional en la LCSP

La LCSP recoge los dos tipos de riesgos que comportan la traslación del riesgo operacional; tanto el artículo 14.4, relativo al contrato de concesión de obras, como el artículo 15.2, relativo al contrato de concesión de servicios, hacen referencia al riesgo operacional, abarcando el riesgo de demanda o el de suministro o ambos, de conformidad con la Directiva 2014/23/UE. Es en el artículo 14, apartado 4, de la LCSP, donde se fija el alcance del riesgo operacional, y se transponen los caracteres que el legislador comunitario fija en los considerandos y en el articulado de la Directiva 2014/23/UE, como he expuesto.

Sin embargo, el artículo 267.4 de la LCSP, relativo a la retribución por la utilización de las obras, vincula la retribución de la obra teniendo en cuenta el grado de disponibilidad¹³ ofrecido por el concesionario y/o su utilización

13. Para LAZO VITORIA, X. (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 542 a 543, ello no es atribuible a

por los usuarios. No pasa lo mismo con el contrato de concesión de servicios, ya que el artículo 289 de la LCSP vincula la retribución a la utilización –o frecuentación– que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración, más acorde, pues, con los postulados comunitarios. Por lo tanto, en el supuesto objeto del presente trabajo, contrato de concesión de abastecimiento de agua, requerirá la transferencia al concesionario del riesgo de demanda y/o riesgo de suministro u oferta.

Respecto a la compatibilidad entre el riesgo operacional y el principio de reequilibrio económico como manifestación del principio *pacta sunt servanda*, si bien la Directiva 2014/23/UE no hace referencia explícita a ello, particularmente estimo que lo contempla tanto en los considerandos 18 y 75 como en el articulado (artículos 43.1 c] y 43.4 b]). Esta compatibilidad ha quedado plasmada parcialmente¹⁴, en la regulación, en el artículo 257 b) de la LCSP, posteriormente desarrollado en el artículo 270 de la LCSP, relativo al contrato de concesión de obras, y en el artículo 290 de la LCSP, relativo al contrato de concesión de servicios. En ambos supuestos se reconoce que se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda cuando la Administración realice una modificación de las previstas; cuando actuaciones de la Administración pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato; en determinados supuestos de *factum principis* y en los supuestos de fuerza mayor.

Resulta de gran transcendencia la previsión expresa relativa a que no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario (artículo 270.2 *in fine* y 290.4 *in fine* de la LCSP).

Vinculado con el riesgo operacional, la duración del contrato de concesión (artículo 29 de la LCSP) constituye un elemento determinante para hacer efectiva esta transferencia real del riesgo operacional al concesionario, de manera que la duración de la concesión no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, ya que podría suponer no solo una ayuda ilegal de acuerdo con las previsiones del artículo 107 del TFUE, sino también una retribución indebida a favor del concesionario.

una falta de coordinación entre las distintas partes del nuevo texto legislativo, sino que podría atribuirse, en principio, a una decisión querida o, cuando menos, conocida por parte del legislador; idem (2018.b), «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 62 a 69.

14. GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública...*, *op. cit.*, págs. 148 a 152.

También merece especial referencia el estudio de viabilidad¹⁵ o, en su caso, el estudio de viabilidad económico-financiera de estos tipos de contratos, que tiene carácter vinculante, pues recordemos que los contratos de concesión son contratos largos y complejos, que precisan de la correcta distribución de los riesgos y el ajustado reparto de los mismos. En concreto, el artículo 285.1 c) de la LCSP establece que en el estudio de viabilidad se deberá establecer el reparto de riesgos, correspondiendo al concesionario siempre el riesgo operacional. Respecto a qué riesgo asumirá específicamente el concesionario, se deberá atender al principio de optimización del riesgo o de transferencia óptima del riesgo y el principio de buena fe, según los supuestos y sin que sea excesivo, de lo contrario aumentaría la tasa interna de rentabilidad o retorno estimada (TIR), en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de licitación y eliminaría el riesgo operacional.

Por último, y como colofón a esta nueva configuración del contrato de concesión, desde el punto de vista del control de los contratos de concesiones, el artículo 333 de la LCSP prevé la creación de la Oficina Nacional de Evaluación, que tendrá, entre otras funciones, la evacuación de informes preceptivos en los supuestos en que existan medidas de apoyo a la financiación del concesionario, o en que las tarifas sean asumidas total o parcialmente por el poder adjudicador; también informará los acuerdos de restablecimiento del equilibrio del contrato, y, además, evaluará la rentabilidad del proyecto en atención al riesgo de demanda que asuma el concesionario.

3

Conclusiones

El riesgo operacional es un concepto no cerrado que, tal como está contemplado en la Directiva 2014/23/UE, impide definirlo hasta sus últimas consecuencias, por lo que deberá analizarse cada supuesto concreto –según el sector, duración y complejidad del contrato– y teniendo en cuenta, como parámetro interpretativo, la jurisprudencia del TJUE, que irá matizando su alcance.

En concreto, en los supuestos en los que no exista riesgo de demanda, adquirirá especial importancia el riesgo de suministro u oferta, que permitirá asegurar la mayor calidad de la prestación. De acuerdo con lo expuesto, se puede llegar a la conclusión de que la inclusión, como criterio delimitador del riesgo

15. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamiento de futuro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 186, págs. 52 a 61.

operacional, del riesgo de suministro u oferta, permite hacer más competitiva y eficiente la concesión, favoreciendo el uso de los usuarios por la buena prestación del servicio u obra y la calidad de la misma. En efecto, se flexibilizan los criterios para posibilitar la completa y efectiva transferencia del riesgo operacional, al permitir atribuir según el sector los riesgos específicos de las concesiones, sin que ello suponga que la Directiva incremente la variable riesgo en estos contratos, y asegurar la calidad de la prestación. En definitiva, se quiere evitar que en un contrato de concesión la transferencia del riesgo sea artificiosa o incluso no exista, y al mismo tiempo permitir en determinados sectores una menor intensidad del mismo, si bien procurando la mayor eficiencia de la prestación.

En el supuesto específico del contrato de concesión de abastecimiento y suministro de agua potable, y partiendo de la libertad reconocida a los Estados miembros para organizar y gestionar los servicios de la forma más eficaz y eficiente, si la Administración opta por un contrato de concesión de servicios por ser el más idóneo teniendo en cuenta todos los factores analizados, será trascendental el previo estudio exhaustivo, realista y prudente del estudio de viabilidad. En todo caso, se deberá asegurar la continuidad y la correcta prestación de este servicio, al ser un servicio de carácter esencial.

4

Bibliografía

- GIMENO FELIÚ, J. M.^a (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia*, Aranzadi, Cizur Menor, pág. 207.
- (2017), «Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, núm. 182, pág. 206.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (2017), *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de Comerç de Barcelona, Barcelona.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. (2015), «La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 183 a 191.
- (2018), «La prestación de servicios hidráulicos mediante concesión», en EZQUERRA HUERVA, A. y NAVARRO CABALLERO, T. M. (dirs.), *Contratación pública y agua. El impacto de la nueva regulación de los contratos públicos en el derecho de aguas*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 159 a 196.

- LAZO VITORIA, X. (2015.a), «La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos», en www.obcp.es, 27/01/2014.
- (2015.b), «Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, págs. 425 a 436.
 - (2018.a), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 517-544.
 - (2018.b), «El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, págs. 62 a 69.
- LÓPEZ MORA, M.^a E. (2019), *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona.
- LUERGO LORA, A. (2018), «Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 70, págs. 20 a 33.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. (2015), «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, págs. 2 a 40.
- MÍGUEZ MACHO, L. (2015), «La distinción entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español», en GIMENO FELIÚ, J. M.^a (dir.), *Observatorio de los Contratos Públicos. Número monográfico Especial (2015). Las nuevas directivas de contratación pública*, Civitas, Cizur Menor, pág. 406.
- NOGUERA DE LA MUELA, B. (2012), «La colaboración público-privada en las obras hidráulicas», en *Tributos, aguas e infraestructuras*, Atelier, Barcelona, págs. 223 a 252.
- PERDIGÓ SOLÀ, J. (2016), «El agua, los servicios de interés general y la Directiva de concesiones», en PARISIO, V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B. (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 301 a 334.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2018), «Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamiento de futuro», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 186, 2018, págs. 52 a 61.

Recogida y tratamiento de residuos

ISABEL TENNENBAUM CASADO

*Especialista en Gestión de Residuos
(Ecoembalajes España, S.A.)*

1. Marco legal

- 1.1. Definición de residuo
- 1.2. Futuros retos
- 1.3. Competencias administrativas

2. Eficiencia en la gestión de residuos

- 2.1. Hacia la eficiencia en la gestión de residuos
- 2.2. Aspectos normativos: ordenanza de residuos y pliegos de condiciones
- 2.3. Pliegos técnicos: tratamiento de residuos
- 2.4. Pliegos técnicos: recogida de residuos
- 2.5. Aspectos técnicos: recogida de residuos

3. Aspectos organizativos: control

4. Políticas medioambientales y sociales

5. Conclusiones

6. Bibliografía

Resumen

La prestación de los servicios relacionados con la gestión de los residuos, como son los servicios de recogida y tratamiento, es una de las más importantes a nivel municipal. No solo por el impacto presupuestario, sino también por la gestión del servicio percibida por los ciudadanos.

Por una parte, las Administraciones locales tendrán que dar respuesta a sus obligaciones legales en cuanto a los servicios a prestar. Por otra parte, no se debe olvidar que su objetivo principal es el de proporcionar el mejor servicio posible a los ciudadanos, haciendo el mejor uso de los fondos públicos disponibles. Por ello, es imperativo que el empleo de dichos fondos responda a criterios de eficiencia y eficacia.

Artículo recibido el 17/05/2019; aceptado el 04/07/2019.

Si bien no hay una solución única para todos los municipios, con el objetivo de acercar la eficiencia en la gestión de residuos a las Administraciones locales, a continuación, se hará un breve repaso de las competencias y obligaciones de las entidades locales en cuanto a la gestión de residuos se refiere, así como de ejemplos de mecanismos y herramientas que tienen a su disposición para la consecución de dicho objetivo, a través de las ordenanzas y los pliegos de condiciones, de manera que sean beneficiosos para el municipio, sus ciudadanos y sus áreas.

Palabras clave: *recogida; tratamiento; residuos; municipal.*

Waste collecting and treatment

Abstract

The services regarding waste management, for instance the its collecting and treatment, are one of the key municipal competences. Not only because of the budgetary dimension, but also because of the public service perceived by citizens.

On the one hand, local administrations should comply with all the legal obligations in this field. On the other, we should not forget that the main objective is to provide the best service for citizens, together with the best use possible of public funds. Therefore, it is mandatory that the use of public funds is based on the criteria of efficiency and efficacy.

There is not a unique solution for all the municipalities. However, with the aim of looking for efficiency in the municipal waste management, the article will analyze the competences and obligations of local entities in this field. Moreover, the article will provide examples of mechanism and tools available for achieving the goal of efficiency and, with his aim, it will explore municipal ordinances and the terms of references of public services contracts.

Keywords: waste collecting and treatment; waste management; municipalities.

1

Marco legal

1.1

Definición de residuo

En el momento en que se comienza a realizar la planificación de la gestión de los residuos en el ámbito municipal, es importante conocer qué se entiende como residuo y cómo estos se clasifican para determinar el ámbito de actuación correspondiente a la entidad local.

La definición de residuo se ha visto modificada a lo largo de las diferentes normativas publicadas. Actualmente, la definición vigente se incluye en la Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados: «Cualquier sustancia u objeto que su poseedor deseché o tenga la intención o la obligación de desechar».

Los residuos, asimismo, se dividen en diferentes tipologías en función de su origen:

- Residuos domésticos: aquellos generados en los hogares como consecuencia de las actividades domésticas. Se incluyen en esta categoría aquellos residuos similares a los anteriores generados en servicios e industrias.
- Residuos comerciales: aquellos generados por la actividad propia del comercio, al por mayor y al por menor, de los servicios de restauración y bares, de las oficinas y de los mercados, así como del resto del sector servicios.
- Residuos industriales: aquellos resultantes de los procesos de fabricación, de transformación, de utilización, de limpieza o de mantenimiento generados por la actividad industrial.

Son destacables las diferencias en las definiciones que supone esta Ley respecto a la normativa anterior. Así, en la normativa actual, se diferencia entre residuos domésticos y comerciales, distinción que no se realizaba previamente. Sin embargo, se incluyen en la primera categoría los similares a los domésticos, pero generados en servicios e industrias cuando se produzcan fuera de la actividad comercial o de servicio. Por otra parte, se habla de similitud, pero no se define bajo qué criterios: ¿composición?, ¿cantidad?

Estos aspectos toman especial relevancia para determinar el ámbito y alcance de los servicios que deberá prestar la entidad local, ya que, de modo

general, se recogerán de forma conjunta con los residuos generados en los domicilios aquellos generados en el pequeño comercio y en actividades económicas e institucionales dentro de los núcleos urbanos.

Por otra parte, el nuevo paradigma marcado por la Unión Europea en cuanto a la transición de una economía lineal a una economía circular debe hacernos reflexionar sobre el papel de los residuos y su definición, de modo que se entiendan los residuos como recursos. Por lo tanto, la gestión de los residuos y sus políticas de planificación deben estar basadas en el planteamiento de que los residuos poseen un valor.

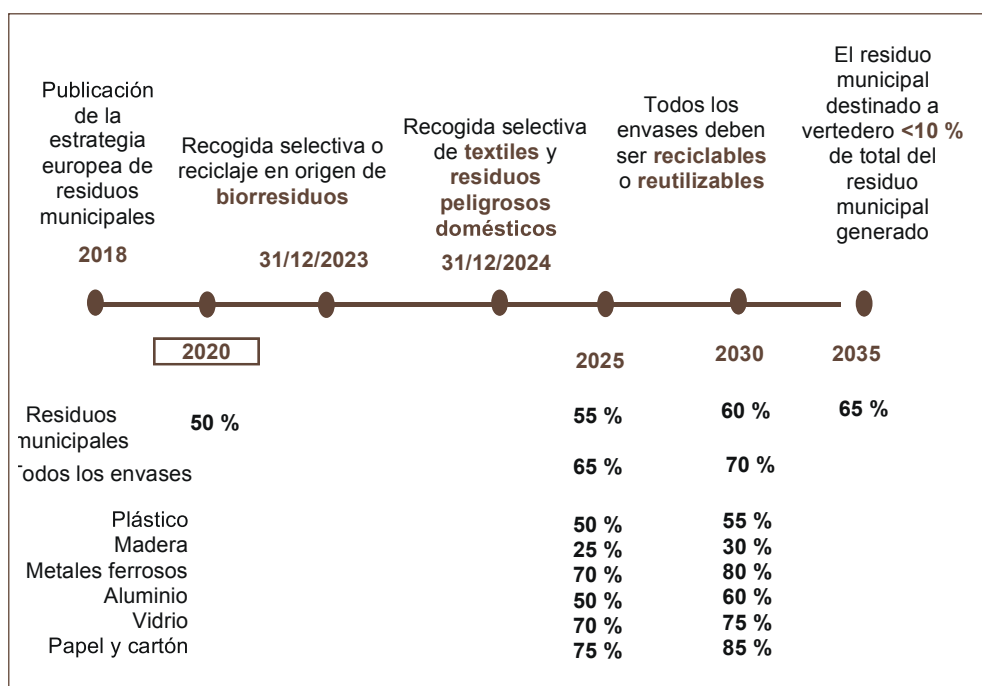
1.2 Futuros retos

En diciembre de 2015 se publicó por parte de la Unión Europea el Paquete de economía circular.

La publicación de esta estrategia conlleva la modificación de una serie de directivas relacionadas con la gestión de los residuos:

- Directiva (UE) 2018/851 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos.
- Directiva (UE) 2018/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases.
- Directiva (UE) 2018/850 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva 1999/31/CE relativa al vertido de residuos.
- Directiva (UE) 2018/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifican la Directiva 2000/53/CE relativa a los vehículos al final de su vida útil, la Directiva 2006/66/CE relativa a pilas y acumuladores y a los residuos de pilas y acumuladores, y la Directiva 2012/19/UE sobre residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.

Este nuevo marco legal marca, por una parte, nuevos objetivos de reciclado y, por otra parte, nuevas fracciones de recogida obligatoria. A continuación, se muestran, a modo de resumen, las próximas obligaciones en cuanto a reciclado y recogida separada:



1.3

Competencias administrativas

Las competencias administrativas en cuanto a gestión de los residuos quedan reflejadas en la Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados.

De este modo, se indica que corresponde a las entidades locales o diputaciones forales como servicio obligatorio: la recogida, transporte y tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en la que se establezca en sus ordenanzas.

Dicho servicio podrá prestarse tanto de manera independiente como de forma agrupada. Asimismo, el servicio podrá prestarse directamente o mediante cualquier otra forma prevista en la legislación sobre régimen local.

Además, las entidades locales podrán gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan las ordenanzas, y sin perjuicio de que los productores de estos residuos los gestionen por sí mismos en los términos establecidos en el art. 17.3. Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer la incorporación de los productores a dicho sistema, si bien es necesario que se justifique en criterios de mayor eficacia y eficiencia.

Por lo tanto, según se establece en la Ley 22/2011, la responsabilidad de la gestión de los residuos comerciales se atribuye a los generadores del residuo (los comercios), que se deben hacer cargo bien mediante gestión privada o bien acogiéndose al servicio municipal mediante el pago de una tasa o precio público. Los establecimientos que opten por la gestión privada, deberán justificar documentalmente dicha gestión a los municipios.

Como se ha mencionado anteriormente, generalmente los residuos que proceden de pequeños comercios se gestionan de manera conjunta con los de origen domiciliario, mientras que los grandes generadores suelen optar por la gestión privada, aunque esto no tiene por qué darse en todos los municipios ni para todas las fracciones.

2

Eficiencia en la gestión de residuos

2.1

Hacia la eficiencia en la gestión de residuos

La planificación de la gestión de los residuos, así como sus políticas, deben definirse con el objetivo de alcanzar un beneficio para el municipio en tres aspectos: social, económico y ambiental.

Según se establece en la normativa actual, es importante que dicha planificación siga los criterios en cuanto a la pirámide de gestión: prevención (reutilización – minimización), reciclaje, valorización y, como último paso, el vertido. La finalidad es recuperar todo aquello que sea recuperable de modo que se vierta exclusivamente aquello que sea irremediable.

Son tres los agentes principales que intervienen en la planificación de la gestión de los residuos: las empresas y los ciudadanos, a través de exenciones o primas a la tasa de residuos, y la contrata que realice los servicios de recogida y/o tratamiento de residuos, primando el objetivo de mayor cantidad y calidad asociado a un mayor pago.

La partida presupuestaria que las Administraciones locales destinan a los servicios de recogida es una de las de mayor envergadura. Así, según publicaciones de la Universidad de Vigo, «los contratos de recogida de residuos en Galicia suponían más del 9 % del gasto corriente y del 6 % del gasto total de los ayuntamientos de más de 15 000 habitantes»¹.

1. ÁLVAREZ VILLAMARÍN, Xosé Carlos y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Xosé Manuel, *Evaluación de la eficiencia del servicio de recogida de basuras en los municipios gallegos*, Departamento de Economía Aplicada, Universidad de Vigo.

Es por lo tanto crítica la búsqueda de la eficiencia en la gestión y optimización de los servicios. Esta búsqueda de la eficiencia, deberá basarse en tres aspectos fundamentales: normativos, técnicos y organizativos.

2.2

Aspectos normativos: ordenanza de residuos y pliegos de condiciones

La obligatoriedad de disponer de ordenanzas de residuos municipales se establece en la Ley 22/2011 de residuos y suelos contaminados en la disposición transitoria segunda, en la que se indicaba un plazo de dos años para la aprobación de las ordenanzas previstas desde la entrada en vigor de esta Ley.

Las ordenanzas de residuos son la herramienta para desarrollar la legislación nacional y autonómica en materia de residuos y de régimen local.

La finalidad de las ordenanzas de residuos es regular las actividades y conductas que se dirigen al depósito y recogida de residuos de competencia municipal. Dicha regularización, debe respetar el principio de jerarquía de los residuos, es decir, primar la prevención y reutilización, el reciclaje, la valorización y, como última opción, el vertido, con el objetivo de alcanzar el mejor resultado ambiental posible minimizando los efectos negativos sobre la salud humana y el medio ambiente. El ámbito de aplicación de las ordenanzas de residuos serán todas las personas físicas o jurídicas que depositen residuos en los medios, instalaciones o servicios habilitados por el ayuntamiento.

A modo general, la estructura de las ordenanzas sigue el siguiente esquema²:

- Exposición de motivos.
- Título I. Disposiciones generales.
- Título II. Servicio de recogida.
 - Capítulo I. Disposiciones generales.
 - Capítulo II. Servicio de recogida ordinaria.
 - Capítulo III. Servicio de recogida especial.
- Título III. Inspección y sanción.
 - Capítulo I. Inspección y control.
 - Capítulo II. Infracciones y sanciones.
- Disposición derogatoria única.
- Disposiciones finales.

2. http://femp.femp.es/files/566-1836-archivo/ORDENANZA_PEN_definitiva_web.pdf

Es relevante que las ordenanzas incluyan aspectos relativos a:

- Nuevos flujos de residuos: se deben incluir los nuevos flujos que la normativa nacional o autonómica establezca como recogidas separadas tales como la recogida separada de biorresiduos o textiles, cuya obligación de implantación es a partir de 2024 y 2025 respectivamente. Las ordenanzas deberán por tanto adaptarse a las diferentes situaciones normativas.
- Recogidas selectivas fuera del hogar: se estima que entre un 36-50 % del total de los residuos domiciliarios recogidos municipalmente se generan fuera del hogar, entendiéndose como tal a los generados en centros de ocio, trabajo, etc.
- Transparencia: el ciudadano debe poder disponer de información acerca de los servicios prestados por las entidades locales. En el caso de la recogida de residuos, se debería facilitar información acerca de las cantidades recogidas, servicios prestados, medios puestos a disposición de los ciudadanos, horarios, etc.
- Innovación: como herramienta clave para transitar de una economía lineal a una economía circular.
- Economía circular: favorecer conductas que fomenten la reutilización y el reciclado.

En relación con las ordenanzas de residuos, es importante la ordenanza fiscal que refleje las tasas o los precios públicos por los que se registrará el servicio.

***) Pliegos de condiciones**

Otra herramienta de la que disponen las Administraciones locales para alcanzar un modelo eficiente de gestión de residuos de su competencia, son los pliegos de condiciones por los que se rigen los servicios de tratamiento y/o recogida de residuos y que, por supuesto, deben estar en concordancia con lo establecido en las ordenanzas de residuos.

Los pliegos de condiciones recogerán los derechos, responsabilidades, obligaciones y garantías de las partes que intervienen en la puesta en marcha, desarrollo y ejecución del proyecto. Asimismo, recogerán cómo y con qué medios se llevarán a cabo los servicios contratados.

Es por tanto un instrumento de naturaleza jurídica que presupone la existencia de un compromiso legal o contrato entre las partes mencionadas (garantías).

Normalmente, los pliegos de condiciones se dividen en varias partes³:

- Pliego de condiciones generales: donde se incluye la descripción del proyecto, así como aspectos normativos y administrativos, planos, etc.
- Pliego de especificaciones técnicas: incluyendo dos apartados:
 - Especificaciones técnicas de materiales y equipos: que se van a utilizar para la realización del proyecto. Es conveniente hacer referencia a códigos y reglamentos conocidos, tanto nacionales como internacionales.
 - Especificaciones de ejecución: sobre cómo se realizará el proyecto.
- Pliego de cláusulas administrativas: incluye el modo de medir las partes ejecutadas, así como su valoración y forma de pago.

La ausencia de definición de los pliegos de condiciones puede suponer una situación de incertidumbre para alguna o las dos partes del contrato. Por ello, es importante definir con el mayor alcance y grado de precisión posible lo que se quiere, el cómo, el dónde y el cuándo, además de especificar las consecuencias por el no cumplimiento, para lo que se estima necesario incluir en la licitación la mayor información posible de modo que los licitadores puedan ajustar de manera más adecuada sus ofertas.

En el caso de los pliegos de condiciones relativos a la gestión de residuos, tradicionalmente, se han regulado en detalle en cuanto a las exigencias de personal, medios y aspectos operativos tales como frecuencias, horarios, etc. De este modo, en este tipo de contratos, la empresa licitadora cobra por los medios puestos a disposición en la oferta, es decir, por un precio mensual fijo o canon sobre el que se aplicarán, en su caso, las deducciones que resulten conforme a los indicadores que se establezcan en el pliego para el control de la calidad y el seguimiento.

¿Qué ocurrirá por lo tanto si finalmente se necesitan menos/más medios? Si necesita menos medios, el licitador los ahorrará y es posible que, aun así, la empresa siga cobrando por ellos. En el caso contrario, demandará a la Administración local una ampliación del contrato para obtener un mayor pago para la realización del servicio, o bien dejará de prestar o descuidará algún servicio.

Con el objeto de dar una posible solución a esta cuestión, las nuevas tendencias en los pliegos incluyen el pago de los servicios por aspectos cuantitativos y no por los medios puestos a disposición. De este modo, el adjudicatario cobrará por los servicios realizados y se le deja margen para definir los

3. https://es.wikipedia.org/wiki/Pliego_de_condiciones

medios y la forma de organización. En este tipo de pliegos se deben incluir, por lo tanto, aspectos de rendimiento y aspectos de valoración centrados en índices de calidad o del servicio para determinar el precio final, así como el establecimiento de mecanismos de comprobación. Para la realización del pago, el adjudicatario debe certificar mensualmente los servicios prestados y su correspondiente valoración, aplicando las deducciones necesarias en función de los indicadores de calidad establecidos. De esta manera, el precio mensual será calculado en función de los parámetros que defina el licitador en su oferta, como, por ejemplo, precio por tonelada recogida y tipo y sistema de recogida, y precio por contenedor efectivamente instalado por sistema de recogida y tipología de residuos.

En este caso, ¿qué ocurrirá por lo tanto si finalmente se necesitan menos/más medios? Si necesita menos medios, el licitador se reorganizará para utilizar los mínimos necesarios. En el caso contrario, también deberá reorganizarse para poner más recursos o dejará de prestar el servicio, lo que influirá en los pagos que la empresa reciba.

El hecho de facturar por servicio en lugar de canon, aporta información puntual de alto valor para la Administración local. Por ejemplo, si se vincula el pago a los kilos recuperados/recogidos o a los contenedores instalados, la Administración local podrá acceder a la información de manera actualizada cada mes y obtener una visión de cómo se está realizando el servicio.

En general, las empresas se sienten «más cómodas» en contratos por canon, ya que tanto la gestión de la facturación como la elaboración de los presupuestos son más sencillas.

El pago resulta, por tanto, una herramienta idónea para conseguir los intereses del municipio. En este sentido, el unir el interés del municipio (una buena prestación del servicio) con el interés de la empresa (ganar dinero) redundará en el beneficio de ambas partes.

En cualquier caso, independientemente de la modalidad de pago que se establezca, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos: servicios que no se incluyan o no se especifiquen en el pliego, serán servicios no contratados y por lo tanto no incluidos; por otra parte, si la financiación es insuficiente, acarreará como consecuencia una mala prestación del servicio, y, por último, no se puede/debe solicitar aquello que no se pueda comprobar/medir.

2.3

Pliegos técnicos: tratamiento de residuos

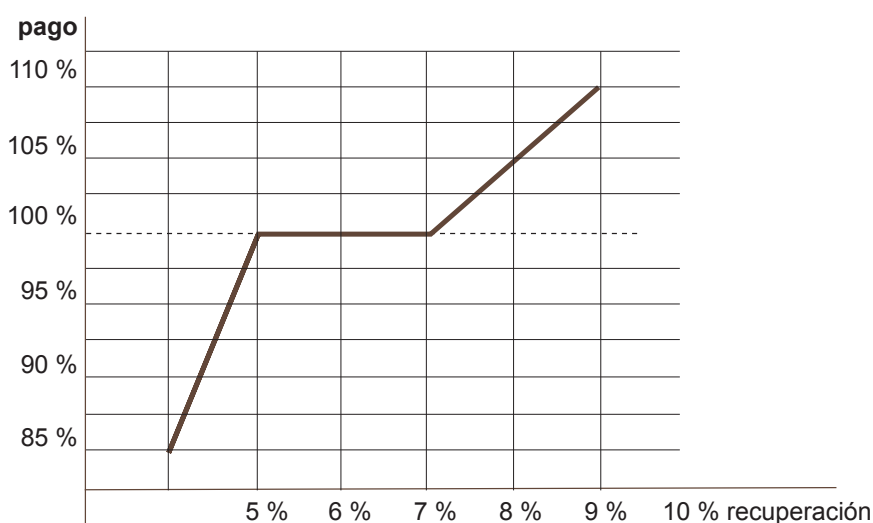
De cara al planteamiento de los pliegos técnicos de tratamiento de residuos es importante definir muy claramente los criterios de recuperación, efectividad y rendimiento, así como definir sobre qué entradas y sobre qué salidas se van a realizar las mediciones.

En los casos en los que el pago se vaya a realizar por servicio, es importante definir el interés de la Administración local, y tal y como se ha indicado anteriormente, converger dicho interés con el de la empresa.

A continuación, se exponen una serie de ejemplos con el objeto de primar la recuperación de todos los materiales reciclables y minimizar el vertido.

Así, si a la entidad local le interesa incrementar su índice de recuperación, ¿le interesará pagar al explotador por las entradas a la instalación y que se vayan a tratar o por las toneladas recuperadas? Si en este ejemplo el pago se realiza por tonelada recuperada, se habrá incentivado al operador para maximizar la recuperación y minimizar las cantidades que se destinen a vertedero.

Otro planteamiento para maximizar la recuperación es que los servicios (tratamiento, control de accesos, gestión del vertedero, etc.) sean prestados por empresas diferentes. Por ejemplo, una empresa que se encargue de la gestión de la planta de selección/tratamiento, y que su pago sea por tonelada recuperada y deba encargarse del coste de la gestión por eliminación, y, por otra parte, otra empresa que se encargue de la gestión del vertedero. De esta forma, se conseguirá que la primera de las empresas trabaje para recuperar el máximo posible y minimizar el vertido.



Otra fórmula para aumentar los porcentajes de recuperación puede basarse en primar el pago si se sobrepasan ciertos resultados y, por el contrario, penalizar el pago si se encuentra por debajo de unos umbrales mínimos.

Y, por último, es conveniente incorporar valor en los puntos de la cadena que interese potenciar, como realizar un pago diferenciado por productos recuperados, primando aquellos más difíciles de recuperar, o, si el objetivo es minimizar el vertido, penalizar el rechazo en los pagos.

2.4

Pliegos técnicos: recogida de residuos

Si en el planteamiento de los pliegos técnicos de tratamiento de residuos era importante definir las entradas y salidas de la instalación, en el caso de los pliegos técnicos de servicios de recogida de residuos es importante definir el ámbito y alcance, es decir, sobre qué residuos la Administración local tiene competencia, tal y como se indica en el apartado 1.

Siendo obligatorio para las entidades locales prestar el servicio de recogida de los residuos domésticos, la dificultad se encuentra en discernir qué residuos originados en los servicios e industrias asimilables a domésticos son *a priori* competencia de las entidades locales.

Uno de los aspectos que tradicionalmente ha diferenciado la gestión de residuos urbanos de un municipio como propia de la gestión pública, ha sido el tamaño del origen del residuo (por ejemplo, un pequeño taller mecánico situado en el núcleo urbano frente a una fábrica de coches situada en un polígono), si bien no existe normativa que especifique que, dependiendo del tamaño, la competencia o responsabilidad será pública o privada.

Atendiendo a la normativa existente, en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se incluye una interpretación amplia de lo que el municipio puede hacer, pero excesivamente genérica: «el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal»; y según el artículo 26, «... deberán prestar en todo caso la recogida de residuos». Por lo que no se resuelve qué es de competencia privada y qué de competencia pública.

Tampoco en la Ley de Residuos y Suelos Contaminados ni en la Ley 11/1197, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases se encuentra respuesta al respecto.

Además, esta situación también puede darse en actividades que generen residuos en el municipio y que no sea en los domicilios o centros públicos

municipales, tales como instituciones penitenciarias, cuarteles, hospitales, hoteles, oficinas no municipales, etc.

En cualquier caso, lo que nunca puede ser es que la gestión de los residuos asimilables a domésticos de una industria o un comercio suponga un coste para los vecinos.

Teniendo en cuenta que, en residuos, la eficiencia es una cuestión de tamaño, lo más eficiente es que el pequeño comercio se recoja de manera conjunta con los domicilios, y para los grandes generadores se pueden establecer precios públicos que se correspondan con el coste de mercado.

Asimismo, en el caso de los servicios de recogida, la organización de dichos servicios deberá estar estrechamente relacionada con un plan cuya finalidad sea la consecución de los diferentes objetivos establecidos por la normativa europea, nacional y autonómica, según se indica en el apartado 1.2.

Los pliegos incluirán tanto los servicios de recogida ordinaria como servicios de recogida extraordinaria a petición de los ciudadanos o de la entidad local.

2.5

Aspectos técnicos: recogida de residuos

El pliego se denomina de prescripciones técnicas, por lo que debe tener un carácter técnico que defina los compromisos en la búsqueda del siguiente objetivo: el mejor empleo posible de los fondos públicos.

Para ello, por una parte, se deben emplear los medios más eficientes, y, por otra parte, se deben organizar, ajustar y optimizar los servicios para dichos medios.

En el caso del servicio de recogida de residuos, la eficiencia se mide en kilogramos recogidos por hora. El coste de recogida por hora de un equipo es el mismo independientemente de que recoja mucho o poco. Por tanto, es más económico el coste de recogida en la medida en que se recojan más kilos por hora.

$$\text{Kg/hora} = \text{contenedores/hora} \times \text{volumen unitario} \times \text{porcentaje de llenado} \times \text{densidad del residuo}$$

Por ello, cuanto mayor sea el tamaño de los contenedores, más llenos estén en el momento de la recogida y más rápido se recojan, mayor será la eficiencia del servicio.

La evolución del mercado avanza en este sentido: sistemas robotizados (sin peones) que permiten mayor velocidad de carga, y uso de contenedores de gran capacidad, si bien la estructura actual del negocio (70 % a través de gestión indirecta), con contratos a largo plazo y con pago por canon y no por kilo recogido, ralentiza al momento del concurso la incorporación de mejores técnicas.

Tratándose de rendimiento, es oportuno conocer los fundamentos básicos de los costes de recogida, las limitaciones y las posibilidades de optimización.

***) Elección del sistema de recogida**

En la siguiente tabla, se han diferenciado los diferentes sistemas de recogida con la variabilidad en cuanto a tamaño (volumen) de contenedores que disponen mínimo y máximo, así como un promedio de los contenedores a la hora que se pueden recoger:

CRITERIOS DE EFICIENCIA	Volumen contenedor (l)		Contenedores por hora (*)		m³ por hora		Pro-medio	Eficiencia relativa		Coste relativo
Sistema de recogida	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.	Mín.	Máx.		Mín.	Máx.	
Carga trasera cubos	120	360	70	25	3	25	14	7	20,4 %	4,9
Carga trasera contenedores	770	1100	50	25	19	55	37	4	53,6 %	1,9
Carga lateral	2400	3200	32	15	36	102	69	1	100,0 %	1,0
Iglú	2700	3000	14	8	22	42	32	5	46,0 %	2,2
Carga bilateral	2400	3000	25	12	29	75	52	2	75,0 %	1,3

Contenedor soterrado

Iglú	3000	4000	16	8	24	64	44	3	63,6 %	1,6
Carga lateral	2400	3200	10	7	17	32	24	6	35,3 %	2,8
Carga trasera	800	1100	10	7	6	11	8	8	12,0 %	8,3

Si el coste del equipo fuera el mismo (aspecto cuestionable por la necesidad de más peones en algunos sistemas como la carga trasera), el coste relativo sería el indicado en la última columna. Aquellos sistemas que son más eficientes son más económicos que aquellos menos eficientes: la carga trasera con contenedores sería casi el doble de cara que la carga lateral, y tratándose de cubos, aproximadamente cinco veces más cara, etc.

La elección del sistema de recogida debería fundamentarse en su eficiencia.

A continuación, se incluyen unos ejemplos para visualizar el impacto de la elección del sistema de recogida en el coste.

Ejemplo 1:



Cubo 120 litros



Contenedor carga lateral: 3200 litros

Para conseguir el mismo volumen que un contenedor de carga lateral con cubos, serían necesarias 26 unidades. Asumiendo que el coste de los equipos es el mismo (no es correcto por la diferente necesidad de peones), que se recogieran los mismos kilos y en un tiempo similar, la recogida mediante cubos sería 26 veces más cara.

Ejemplo 2:

Soterramiento de contenedores de carga trasera (1000 litros) frente a contenedores de carga superior (4000 litros). Para tener el mismo volumen, serían necesarios 4 contenedores de carga trasera frente a un contenedor de carga superior. Considerando el mismo coste de equipos y el doble de tiempo de carga para la carga trasera por el hidráulico, el sistema de recogida mediante contenedores soterrados de carga trasera es 8 veces más caro que el de contenedores soterrados de carga superior.

Por otra parte, si la elección es soterrar los contenedores, con el objetivo de ser lo más eficiente posible, se deberían considerar las siguientes cuestiones:

- Maximizar el volumen a soterrar: elección de contenedores de 4 a 5 m³.

- Priorizar sistemas sencillos de elevación y mantenimiento: equipos de elevación por grúa sobre hidráulicos.
- Mayor velocidad de carga en sistemas robotizados de elevación.

***) Contenerización**

Los aspectos relacionados con los contenedores instalados son cruciales, ya que la mayor parte de los problemas y las quejas ciudadanas proceden de los contenedores ubicados en la vía pública: falta de contenedores, desbordes, olores, mal aspecto de los mismos, pintadas, roturas, etc.

La instalación de los contenedores puede ser debida a cuestiones históricas, a procedimientos de prueba y error, o a tener como objetivo el mayor número de contenedores.

Más contenedores no tienen que significar necesariamente un mejor servicio, pero sí un mayor coste. Por lo tanto, merece la pena ajustar el número de contenedores a las necesidades reales, así como analizar si se encuentran bien ubicados.

Con el objetivo de que el parque de contenedores se mantenga en buen estado, se puede relacionar en los contratos el pago por contenedor instalado en vía pública siempre que se reúnan una serie de requisitos:

- Ajuste del número.
- Inventario actualizado y aprobado por los servicios técnicos municipales.
- Revisión de su estado por parte de los servicios técnicos municipales.
- Descuento en el pago por contenedores en condiciones no operativas. En este punto, se debe definir previamente qué se entiende por condiciones no operativas: sin tapa, sin ruedas, sin cierre, rotos, etc.

En relación con el número de contenedores a instalar, se puede definir en detalle en los pliegos técnicos o se puede dejar a criterio del operador, atendiendo a diferentes criterios:

- Criterio de distancia al ciudadano: tomando como referencia que no podrá ser superior a x metros.
- Aportación esperada, densidad del residuo y frecuencia de vaciado: indicando el histórico de cantidades recogidas, calidad, etc.
- Calidad del servicio: reflejando que los contenedores deben encontrarse a un porcentaje promedio de llenado determinado en el momento de su recogida.

En cuanto a los lavados de los contenedores, al igual que en el caso anterior, se puede exigir un número detallado de lavados al mes, al año, etc., o

se puede realizar el pago por el servicio prestado previa justificación de los trabajos realizados. Asimismo, se pueden establecer lavados particulares por necesidades puntuales a petición de los servicios técnicos municipales.

***) Jornada de trabajo**

De manera genérica, la mano de obra se ajusta a las necesidades a las que da servicio. En el caso de los equipos de recogida, se trata de elementos rígidos: existe una capacidad máxima de carga y el tiempo de elevación del contenedor no se puede modificar sustancialmente.

Sería conveniente ajustar las jornadas de trabajo (horas) al máximo aprovechamiento de la carga del camión, de modo que se eviten portes parciales. Los pliegos se dirigirían a que los equipos hagan portes completos y las jornadas de trabajo se ajusten a esta necesidad y no al revés.

***) Frecuencias de recogida**

La frecuencia de recogida debe adecuarse a la capacidad disponible, es decir, al volumen de contenedores instalado.

España es uno de los países de la Unión Europea que mayor frecuencia de servicio de recogida de residuos da a sus ciudadanos; sin embargo, recoger contenedores que se encuentren a un tercio de su capacidad, como podría ser en el caso de recogidas diarias, no implica un mejor servicio, pero sí un mayor coste.

Se hace necesario definir las frecuencias de recogida en base a las necesidades (sin desbordes en el volumen disponible) y no a la organización de la plantilla. Asimismo, de cara a la organización de los servicios, no siempre es necesario hacerlo en términos de semana o múltiplos de esta, sino que se puede trabajar con frecuencias diferentes, tales como cada 8-9 días, etc.

En el caso en que unos pocos contenedores se encuentren habitualmente desbordados, merece la pena reforzar dichos puntos de recogida para disminuir la frecuencia de toda la ruta a que unos pocos contenedores definan la necesidad de servicio de todos.

***) Tamaño**

Un camión de gran capacidad puede dar servicio a aproximadamente 25 000 habitantes y a unos 130 contenedores de 3200 litros por jornada.

En este caso, el máximo empleo de la eficiencia se producirá para múltiplos de 25 000 habitantes. Si no, habrá una parte del equipo infrautilizada al realizar portes no completos, o, lo que es lo mismo, capacidad disponible y no usada o recursos no empleados.

Si la Administración local no alcanza ese tamaño, ¿debe dejar de utilizar estos recursos? Podrían darse las siguientes soluciones:

- Agrupación de municipios para compartir costes. Como es el caso de mancomunidades, consorcios, etc.
- Permitir a las empresas adjudicatarias emplear el exceso de capacidad en otras gestiones, por ejemplo, la recogida en otros municipios o recogidas privadas. Siempre diferenciando claramente lo recogido en cada uno de los servicios y dividiendo, asimismo, la amortización de los camiones de manera que no recaiga al 100 % sobre el ciudadano.

3

Aspectos organizativos: control

Una vez puestos en marcha los servicios contratados, es necesario mantener un control sobre los mismos. Por una parte, por el interés en que el servicio se realice de la manera idónea. Por otra parte, para que el pago sea por lo que se ha indicado en el contrato y no haya desviaciones al respecto. Especialmente, en aquellos casos en los que el pago que se vaya a realizar dependa de la ejecución de ciertas actuaciones o de indicadores de calidad o del servicio.

En este punto, la Administración local debe reflexionar sobre una serie de cuestiones tales como la información que necesitan/requieran, de manera independiente a la que los explotadores quieran ofrecer, o si es conveniente que el control sea llevado a cabo por una tercera parte que supervise las actuaciones de la contrata.

¿Cómo se puede, por lo tanto, controlar los servicios prestados? A continuación, se indican una serie de ejemplos de parámetros de control:

- Servicio de quejas y reclamaciones ajeno a la contrata: bien gestionado por el propio municipio, bien subcontratado.
- Seguimiento de la información del servicio:
 - Comparación de ratios: por ejemplo, de kilos por habitante y año.
 - Seguimientos *in situ*: inspecciones.
 - Control de contenedores: inventarios actualizados.
- Manejo de series de datos para controlar evolutivos y tendencias:
 - Litros por habitante y mes.
 - Kilos por habitante y mes.

- Kilos por litro instalado.
- Pago por mes y servicio.
- Control de la trazabilidad: a través de copias de los albaranes y certificados de entrega de los materiales como documentación justificativa a aportar junto a las facturas.
- Sistemas de seguimiento GPS: con los que se pueda obtener información sobre dónde se han realizado los servicios, kilómetros recorridos, etc. Mantenimiento ajeno a la contrata.

Por otra parte, es recomendable solicitar a las contratas sistemas de certificación de calidad y medio ambiente tales como la ISO 9000 o la ISO 14000 respectivamente, o sistemas equivalentes.

En este aspecto, la empresa deberá disponer y mantener la certificación para el contrato que se esté ejecutando y durante toda su vigencia, no siendo válidos los generales de la empresa.

Asimismo, se podría solicitar la remisión a los servicios técnicos municipales de un informe anual de auditoría de calidad. Como información, se podría incluir:

- Registros sobre instrucciones de trabajo.
- Partes de trabajo diarios.
- Acciones correctoras.
- Asignación de responsabilidades.

4

Políticas medioambientales y sociales

El 11 de junio de 2014 se adoptaron los «Compromisos de Aalborg» como declaración de la Cuarta Conferencia Europea sobre Ciudades y Pueblos Sostenibles (Aalborg + 10). Estos compromisos, agrupados en 10 temas, concretan los retos a los que tienen que hacer frente los municipios europeos para caminar hacia la sostenibilidad. El consumo y la forma de vida responsable forman parte de esos compromisos⁴.

Así, los firmantes de la Carta de Aalborg se comprometen, entre otras medidas, a:

- Evitar y reducir los residuos y aumentar el reciclaje y la reutilización.
- Gestionar y tratar los residuos de acuerdo con los estándares de buenas prácticas.

4. http://www.ccre.org/docs/Aalborg03_05_span.pdf

- Eliminar el consumo innecesario de energía y mejorar la eficiencia en el destino final de la misma.
- Asumir la compra verde.
- Promover activamente el consumo y la producción sostenible, especialmente los productos con etiquetado ecológico y de comercio ético y justo.

Por otra parte, no se puede obviar en el planteamiento de políticas medioambientales y sociales el nuevo paradigma marcado por la Unión Europea en el que cambia el modelo económico de crecimiento y desarrollo, pasando de una economía lineal a una circular y siempre en estrecha relación con los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) definidos por la Organización de Naciones Unidas (ONU) para la consecución de un desarrollo sostenible a través de poner fin a la pobreza, proteger el planeta y garantizar que todas las personas gocen de paz y prosperidad⁵. Entre otras prioridades, estos 17 objetivos se basan en escenarios como el cambio climático, la desigualdad económica, la innovación, el consumo sostenible y la paz y justicia.

Estos objetivos pueden servir como base para fijar algunas de las políticas medioambientales y sociales en las que pueden trabajar las Administraciones locales en el marco de su competencia. Los pliegos de condiciones pueden ser una herramienta útil de cara a la implantación de dichas políticas en la entidad local y al impulso de la compra pública verde, cuando sea posible desde el convencimiento y la responsabilidad.

A continuación, se muestran una serie de ejemplos relacionados con la compra pública sostenible y los siguientes objetivos:

- Ahorro de recursos, energía y agua.
 - Ahorro de bolsas de plástico (papeleras). Indicador: número de bolsas empleadas el año anterior, soportado por albaranes de compra.
 - Ahorro de combustible en un porcentaje determinado sobre el año anterior. Indicador: litros por kilómetro. Información de tacógrafos y facturas de combustible. Indicación de repostajes en los partes diarios de trabajo.
 - Empleo de vehículos de bajas emisiones de acuerdo con la etiqueta ambiental de la Resolución de 13 de abril de la Dirección General de Tráfico.
 - Iluminación de bajo consumo. Indicador: kwh anuales. Información de las facturas de electricidad.
 - Uso de cisternas de baldeo de alta presión y bajo caudal.

5. <https://www.undp.org/content/undp/es/home/sustainable-development-goals.html>

- Empleo de medios mecánicos de lavado de vehículos.
- Recirculación de agua con depuración.
- Uso de energía renovable.
 - Uso como combustibles de biodiesel, alcohol, electricidad, etc.
 - Instalación de paneles solares en la nave para agua caliente sanitaria.
- Uso de productos de bajo contenido tóxico.
 - Pinturas al agua.
 - Decapantes.
 - Detergentes con etiqueta ecológica.
- Uso de productos reutilizables.
- Uso de productos de larga vida.
- Uso de elementos de reparación sencilla para alargar la vida útil.
- Uso de materiales fabricados de material reciclado y fácilmente reciclables.
 - Solicitud de productos tales como: papel reciclado, mobiliario urbano, contenedores, papeleras, etc., en los que el licitador deberá presentar un certificado emitido por el fabricante de que el producto en cuestión está realizado con un porcentaje de material procedente de reciclado.
- Reducción de la generación de residuos.
 - Formato electrónico frente a papel.
 - Disponer de un plan de prevención de residuos generados por su propia actividad.
- Correcta gestión de los residuos.
 - Dar ejemplo con la separación en origen de residuos en las oficinas y los centros públicos.

En definitiva, las políticas ambientales deben ir dirigidas a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero mediante ahorro energético, a fomentar la demanda de material de origen reciclado puntuando su empleo (certificado) y emplear cualquier medida de eficiencia económica que suponga una eficiencia ambiental directa⁶.

En cuanto a políticas sociales, ejemplos de aspectos que se pueden valorar son:

- Incorporación de colectivos con dificultad de acceso al mercado de trabajo. Mayores de 45 años, mujeres, discapacitados o minusválidos.
- Propuesta de un plan de formación, por ejemplo, en materia de economía circular y reciclado.
- Propuesta de un plan de equidad salarial.

6. <http://www.compraverde.org>

- Propuesta de un plan de igualdad y paridad.
- Establecimiento de una comisión para el seguimiento y control de la evolución de los planes propuestos.

5

Conclusiones

La gestión de los servicios públicos consume una enorme cantidad de recursos, por lo que es crucial la búsqueda de la eficiencia en su ejecución. Se hace por lo tanto necesario el impulso al seguimiento, el control y la racionalidad en el empleo de los recursos, particularmente en los servicios donde hay un importante margen de mejora. De este modo, es conveniente «invertir» en el seguimiento de la actividad y su orientación desde el mismo momento en el que se comiencen a elaborar los pliegos, para buscar la eficiencia en el empleo del gasto.

En aras de la eficiencia, se hacen necesarios cambios de escala. El municipio, en muchos casos, es una estructura muy pequeña cuando se trata de la gestión de recogida y tratamiento de residuos. Debe darse cabida a las agrupaciones de municipios que permitan disponer de medios técnicos y de control suficientes, que puedan ser financiados con el ahorro que supone la gestión agrupada y el mejor uso de los recursos. Estas estructuras de gestión deben venir desde la racionalidad, con el apoyo político de las partes consolidado con estructuras de financiación que garanticen su viabilidad económica.

El reto, por supuesto, es el de obtener siempre la máxima eficiencia de los recursos proporcionando el mejor servicio posible.

6

Bibliografía

FUNDACIÓN ECONOMÍA CIRCULAR, *Proyecto multiparticipante. Bases para un nuevo enfoque: el concepto multi-R. Estudio de Base 5: Análisis sobre la recogida y gestión de los residuos comerciales*, diciembre 2015.

UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE MADRID, FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE MUNICIPIOS Y PROVINCIAS, ECOEMBALAJES ESPAÑA, S.A., *Guía técnica. La gestión de residuos municipales*, 2.^a edición.

La agregación de la demanda local: la creación y adhesión a las centrales de contratación

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES¹

*Profesora titular de Derecho Administrativo.
Investigadora del Centro de Estudios Europeos
«Luis Ortega Álvarez».
Universidad de Castilla-La Mancha*

- 1. Introducción: panorámica general de la centralización de las compras públicas**
- 2. Aspectos generales de la regulación de las centrales de contratación en la LCSP**
 - 2.1. Consideraciones previas
 - 2.2. Las matizaciones en la definición de «central de contratación»: hacia una mayor convergencia con el derecho de la Unión Europea
 - 2.3. La adhesión a centrales de contratación externas
- 3. Los diferentes niveles de centralización de la contratación. La adhesión de los entes locales a centrales externas**
 - 3.1. Sistema estatal de contratación centralizada. La adhesión de entidades externas
 - 3.2. Breve referencia a los sistemas autonómicos de contratación centralizada.
 - 3.3. Las centrales de contratación de carácter local
 - 3.3.1. La creación de centrales de contratación por poderes adjudicadores locales: en especial, la creación de centrales de contratación por parte de las diputaciones provinciales
 - 3.3.2. Centrales constituidas por asociaciones de entes locales
- 4. La celebración de acuerdos marco por parte de centrales de contratación: la delimitación de los entes destinatarios**
- 5. Recapitulación**

Artículo recibido el 27-06-2019; aceptado el 03-07-2019.

1. 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.

El trabajo parte de otros previos sobre la materia, especialmente del más reciente de GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Novedades en la centralización de compras en la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, núm. 60, septiembre de 2018. No obstante, se han actualizado contenidos, profundizando en algunos enfoques y algunas afirmaciones.

Fecha de entrega del trabajo: 27-06-2019.

Resumen

El trabajo analiza, desde una perspectiva jurídica, la adquisición de prestaciones de los entes locales a través de centrales de contratación. Tras una exposición de la panorámica general de la regulación de las centrales de contratación en la LCSP, se analizan las reglas de creación de los diferentes tipos de centrales de contratación y las posibilidades de adhesión a las mismas por parte de los entes locales. A continuación, se examina hasta qué punto en la documentación contractual de los acuerdos marco licitados por la central de contratación han de precisarse los entes adheridos que serán destinatarios de la prestación, cuestión controvertida de gran incidencia práctica. Como conclusión final, se incide en la necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de implantar un modelo más coordinado y coherente de agregación de demandas de los distintos niveles territoriales.

Palabras clave: *agregación de la demanda; central de contratación; acuerdo marco; convenio de adhesión; sistemas dinámicos de adquisición.*

The aggregation of local demand: the creation and adhesion to central procurement boards

Abstract

The article analyzes, from a legal perspective, public procurement by local entities through central procurement bodies. The article shows an overview of the regulation of central procurement boards in Law 9/2017, of 8 November, of Public Contracts and, afterwards, it addresses the rules of creation of different types of central procurement bodies and the possibility to be adhered by local entities. Moreover, the article explores whether in the contractual documentation of the framework agreements issued by the central procurement bodies should be established the adhered entities which are the beneficiaries of the services, which is a key controversial issue. To conclude, the article highlights the need to think about the convenience of implementing a better coordinated and consistent model of aggregation of demands in all the territorial levels.

Keywords: aggregation of demand; central procurement body; framework agreement; membership agreement; dynamic purchasing systems.

1

Introducción: panorámica general de la centralización de las compras públicas

La atomización del poder de compra no es un rasgo exclusivo de la estructura del modelo español de contratación pública. La Comisión Europea ha puesto de manifiesto que el sistema de contratación pública europeo se caracteriza por una significativa fragmentación del número de compradores². Se estima que existen más de 350 000 poderes adjudicadores individuales operando en los Estados miembros. No obstante, como la institución europea reconoce, las restricciones financieras y la mayor exigencia social de rendición de cuentas están produciendo una tendencia hacia la centralización y estandarización de las compras públicas. Al mismo tiempo, la agregación de la demanda en la contratación pública facilita que las autoridades públicas logren objetivos clave tales como: a) la mejora de la relación calidad-precio mediante la obtención de economías de escala; b) la inclusión de objetivos sociales o medioambientales; c) la profesionalización de los compradores públicos; d) la consolidación de una planificación y un monitoreo más efectivos del ciclo de adquisiciones; e) la implementación de herramientas electrónicas³. Del mismo modo, los riesgos que una centralización excesiva de las compras puede producir no son desconocidos, y abarcan desde la potenciación de los efectos anticompetitivos de la concentración de la demanda hasta la pérdida de autonomía por parte de los poderes adjudicadores⁴. De todo ello es conocedor el legislador europeo, hasta el punto de que el considerando quincuagésimo noveno de 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 adelante, DCP) tiene ocasión de afirmar lo siguiente: «en los mercados de contratación pública de la Unión se comienza a observar una marcada tendencia a la agregación de la demanda por los compradores públicos con el fin de obtener economías de escala, incluida la reducción de los precios y de los costes de transacción, y de mejorar y profesionalizar la gestión de la contratación. Ello puede hacerse concentrando

2. COMISIÓN EUROPEA, «European Semester thematic factsheet. Public Procurement», 22.11.2017. Disponible en https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_en_0.pdf (fecha de consulta: 5 de mayo de 2019), p. 6.

3. *Ibidem*.

4. Entre otros, *vid.* SÁNCHEZ-GRAELLS, Albert y HERRERA ANCHUSTEGUI, Ignacio: «Impact of public procurement aggregation on competition. Risks, rationale and justification for the rules in Directive 2014/24», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, pp. 129-147.

las compras, bien por el número de poderes adjudicadores participantes, bien por su volumen y valor a lo largo del tiempo. No obstante, la agregación y la centralización de las compras deben supervisarse cuidadosamente para evitar una excesiva concentración de poder adquisitivo y la colusión y preservar la transparencia y la competencia, así como las posibilidades de acceso al mercado de las PYME»⁵.

En todo caso, la cooperación para contratar de forma conjunta es una de las seis prioridades estratégicas que la Comisión Europea ha identificado como mejoras necesarias para conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa⁶. Y es que a nivel europeo la media de anuncios de licitación en los que el poder adjudicador actúa por cuenta de otros poderes adjudicadores fue de un 8 % en el período 2009-2015, ostentando la ratio más alta Reino Unido (cerca de un 25 %)⁷. En todo caso, la Comisión Europea lamenta que, pese a las restricciones presupuestarias, los Estados miembros no estén aprovechando todo el potencial de la agregación de la demanda⁸.

Por lo demás, existen diferencias significativas en relación con el nivel de cooperación en las compras entre los distintos poderes adjudicadores en el seno de cada Estado miembro. Uno de los doce indicadores empleados por la Comisión Europea para evaluar los aspectos clave de la contratación pública es el de la «contratación colaborativa», es decir, la proporción de contratación que se efectúa con más de un poder adjudicador. La cifra referente a España (1 %) no es solo una de las más bajas de la Unión, sino que ha descendido respecto a los indicadores de 2015⁹.

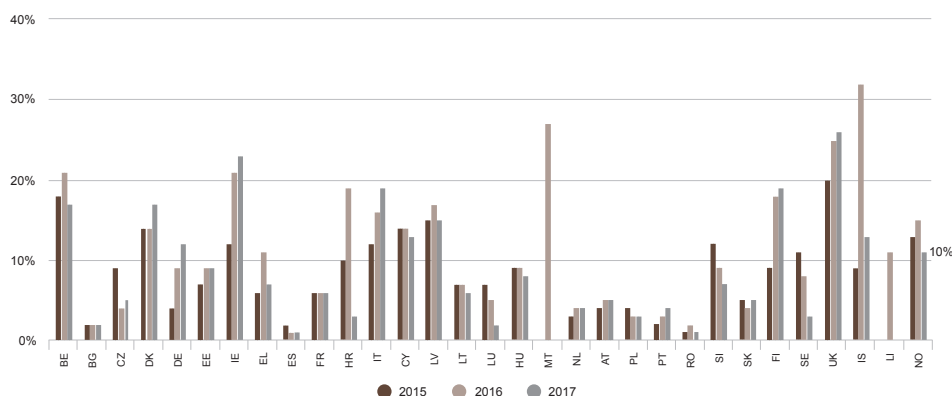
5. Hemos tenido ocasión de analizar someramente la regulación de las centrales de contratación en la DCP en GALLEGO CÓRCOLAS, Isabel: «Demanda agregada en el ámbito local», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, pp. 288-297. En la misma obra, *vid.* FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael: «Aspectos jurídicos de las técnicas e instrumentos para la contratación pública agregada», pp. 31-66.

6. COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», Estrasburgo, 3-10-2017, COM(2017) 572 final, p. 14. Destaca la Comisión que las centrales de compras se están convirtiendo en importantes agentes en la promoción de la reforma de la contratación pública, incluida la aplicación de un enfoque estratégico. Crean la posibilidad de aumentar la influencia de los compradores públicos, que es indispensable en determinados mercados dominados por un número pequeño de operadores comerciales. Dependiendo de la situación, las centrales de compras pueden establecerse con un mandato general a nivel nacional, dirigirse a sectores específicos (tales como la salud o las TIC) o especializarse en la contratación regional/municipal.

7. COMISIÓN EUROPEA, «European Semester thematic factsheet. Public Procurement», p. 6.

8. La Comisión Europea apostilla «cuando es posible». *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, «European Semester thematic factsheet. Public Procurement», p. 6.

9. COMISIÓN EUROPEA, *Single Market Scoreboard*, Public Procurement, Reporting period: 01/2017-12/2017. Disponible (en inglés) en: http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/performance_per_policy_area/public_procurement/index_en.htm. En el informe se considera anómalo que la cifra que arroje este indicador sea inferior al 10 %.



De hecho, en la Decisión (UE) 2017/984 del Consejo, de 8 de agosto de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a una reducción del déficit, que se considera necesaria para poner remedio a una situación de déficit excesivo, el Consejo puso de manifiesto que «el uso limitado de instrumentos de contratación centralizada o conjunta impide que las mejoras de eficiencia contribuyan a los ahorros presupuestarios».

En todo caso, en nuestro país el desarrollo de las centrales de compra se ha producido de forma muy paulatina¹⁰. Como en otros Estados, un hecho decisivo para el impulso de las centrales de compra ha sido el impacto de la crisis económica¹¹, en cuyo contexto se ha producido la consolidación de la central estatal y de las centrales autonómicas. No obstante, una característica de nuestro modelo es que se ha puesto el acento en el diseño no tanto de un sistema robusto de compras colaborativas (es decir, de adquisiciones realizadas para/entre poderes adjudicadores distintos) como de un sistema de racionalización de la gestión contractual dentro de cada organización, sistema que, no obstante, se abre a la participación de otros eventuales compradores públicos.

En el ámbito del sector público local, no han de sorprender los datos sobre la dispersión del poder de compra. En España existen 12 988 entidades locales que tienen naturaleza de Administraciones públicas, a las que habría

10. En relación con la evolución normativa de la regulación de las centrales de contratación en España, *vid.* nuestro reciente trabajo «Novedades en la centralización de compras en la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *Revista Española de Control Externo*, núm. 60, septiembre de 2018.

11. Insiste en este aspecto MOREO MARROIG, Teresa: «Racionalización y acuerdos marco», en GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 1515.

que añadir todas las entidades que constituyen poderes adjudicadores no Administración pública con carácter local. De esta forma, el número de poderes adjudicadores del sector público local alcanzaría «varias decenas de miles de entidades contratantes»¹². Si a ello se unen los limitados recursos que los entes locales pueden destinar a la contratación, y la insoslayable necesidad de profesionalización del comprador público¹³, la dimensión local resulta en principio óptima para la agregación de determinadas compras¹⁴. Precisamente, aunque la creación de centrales de contratación de carácter local fue algo posterior a la centralización de compras en el ámbito estatal y autonómico, es en este ámbito donde se producen los genuinos fenómenos de creación de centrales de contratación como entes especializados en la agregación de demandas ajenas.

El objeto de este trabajo es analizar, desde una perspectiva jurídica, la adquisición de prestaciones de los entes locales a través de centrales de contratación. Para ello, en primer lugar se expondrá una panorámica general de la regulación de las centrales de contratación en la LCSP. En segundo lugar se analizará la creación de los diferentes tipos de centrales de contratación y las posibilidades de adhesión a las mismas por parte de los entes locales. A continuación, se examinará hasta qué punto en la documentación contractual de

12. DIRECCIÓN GENERAL DEL PATRIMONIO DEL ESTADO, «Informe Relativo a la Contratación Pública en España», abril de 2018, p. 16.

13. Sobre la importancia de la profesionalización para la reconducción de la práctica de la contratación pública en España, *vid.* GIMENO FELIÚ, José María: «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIÚ (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 1253 y 129.

En cuanto al importante papel que las centrales desempeñan en la profesionalización de la compra pública, destaca la Comisión Europea que «representan un elemento clave para la profesionalización de las Administraciones públicas y permiten procedimientos favorables para las pymes. La agregación de conocimiento y experiencia crea efectos colaterales, puesto que las centrales de compras a menudo prestan servicios de soporte y consultoría a otros poderes adjudicadores». COMISIÓN EUROPEA, Comunicación «Conseguir que la contratación pública funcione en Europa y para Europa», Estrasburgo, 3-10-2017, COM(2017) 572 final, p. 1.

14. Entre las experiencias más cercanas resulta reseñable la legislación italiana, que impone la agregación de la demanda de determinados entes locales. En este sentido, el vigente art. 37.4 del Código de Contratos Públicos establece la obligación de los ayuntamientos que no sean capital de provincia de agregar la demanda bien acudiendo a una central de compras, bien a una unión de municipios constituida y cualificada como central de compras, bien acudiendo a un poder adjudicador de ámbito provincial. No obstante, la norma no entrará en vigor, con carácter experimental, hasta el 31 de diciembre de 2020 en virtud del Decreto-ley 32/2019, convertido en Ley número 55/2019. En relación con los antecedentes de esta norma, *vid.* MARONGIU, Daniele: «Acquisti aggregati, automazione, trasparenza e ruolo del software. L'esperienza italiana», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016, pp. 447-449. De gran interés es igualmente el trabajo de PAPPANO, Danilo: «Las compras centralizadas de la Administración pública entre exigencias de racionalización del gasto y medidas anticrisis», en HERNÁNDEZ GONZÁLEZ (dir.), *El impacto de la crisis en la contratación pública*, Aranzadi, 2016, pp. 397-439.

los acuerdos marco licitados por la central de contratación han de precisarse los entes adheridos que serán destinatarios de la prestación, cuestión controvertida de gran incidencia práctica. Concluirá el estudio con unas reflexiones finales.

2

Aspectos generales de la regulación de las centrales de contratación en la LCSP

2.1

Consideraciones previas

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, regula las «centrales de contratación» en su sección 4.^a de Capítulo II, *Racionalización técnica de la contratación*¹⁵, del Libro segundo de la LCSP (arts. 227-230)¹⁶.

Del artículo 227 LCSP, rubricado «funcionalidad y principios de actuación», puede extraerse la definición de las centrales de contratación como servicios especializados que actúan adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos¹⁷. Se incorporan así las dos dimensiones que las centrales de contratación pueden adoptar según el derecho de la Unión Europea¹⁸: centrales que actúan como mayoristas mediante la

15. En esta sección se establecen asimismo unas normas generales sobre los sistemas para la racionalización de la contratación de las Administraciones públicas (art. 218) y se regulan acuerdos marco (arts. 219-222) y sistemas dinámicos de adquisición (arts. 223-226).

16. Resulta llamativo que no se haya traspuesto a derecho español el art. 39 de la DCP, «relativo a la contratación con intervención de poderes adjudicadores de diferentes Estados miembros». Sobre ello, *vid.* OLLER RUBERT, Marta: «Centrales de contratación», en GAMERO Y GALLEGU (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1816.

17. Arts. 227.1 y 227.2 LCSP. Sobre la modulación del concepto de central de contratación en la LCSP, *vid. infra*.

18. El considerando 69 DCP aclara que las centrales de contratación pueden operar de dos maneras diferentes. En primer lugar, deben poder actuar como mayoristas al comprar, almacenar o revender, o, en segundo lugar, deben poder actuar como intermediarios al adjudicar contratos, gestionar sistemas dinámicos de ventas o celebrar acuerdos marco que vayan a utilizar los poderes adjudicadores. En algunos casos, este cometido de intermediario puede desempeñarse ejecutando de manera autónoma los procedimientos de adjudicación pertinentes,

adquisición propia de servicios y suministros con vistas a su posterior venta a otros poderes adjudicadores¹⁹, y centrales que constituyen «intermediarias», ya que actúan a través de la tramitación de procedimientos de contratación por cuenta de otros poderes adjudicadores²⁰. No obstante, en la práctica las centrales de contratación españolas se incardinan en esta última modalidad. Por lo demás, aunque no existe transposición expresa del art. 2.1.16 DCP, este precepto prevé que las centrales de contratación puedan realizar también «actividades auxiliares de compra», es decir, actividades consistentes en la prestación de apoyo a las actividades de compra, en particular habilitando infraestructuras técnicas que permitan a los poderes adjudicadores adjudicar contratos públicos o celebrar acuerdos marco de obras, suministros o servicios, o prestando asesoramiento sobre la realización o la concepción de los procedimientos de contratación pública. Estas funciones «auxiliares», que de hecho desempeñan algunas centrales de contratación provinciales²¹, resultan esenciales como fórmula de cooperación y asistencia a los municipios.

Retomando la reseña de las disposiciones de la LCSP sobre centrales de contratación, estas se sujetarán, en la adjudicación de los contratos, acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición que celebren, a las disposiciones de la LCSP y sus normas de desarrollo (art. 227.3 LCSP). Con esta regla se pretende evitar que, mediante la adquisición de prestaciones a través de centrales de contratación, se pueda excluir la aplicación de las normas sobre contratación pública. No obstante, entendida en sus términos literales, la disposición reseñada no garantiza que, a través de la utilización de una central de contratación que no tenga la consideración de Administración pública, un ente que constituya una Administración pública a efectos de la LCSP pueda utilizar el régimen de contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública, si es esta la naturaleza de la central²².

Por su parte, el art. 228 LCSP prevé la creación de centrales de contratación por las comunidades autónomas y entidades locales.

sin recibir instrucciones de los poderes adjudicadores que entren en consideración. En otros casos, los procedimientos de adjudicación pertinentes se ejecutarán siguiendo instrucciones de los poderes adjudicadores de que se trate, en nombre y por cuenta de los mismos.

Vid. igualmente arts. 2.1.14 y 37.1 DCP.

19. Ello ocurre cuando los poderes adjudicadores adquieren suministros y/o servicios a una central de compras (art. 37.1 DCP).

20. En este caso, los poderes adjudicadores adquieren obras, suministros y servicios recurriendo a contratos adjudicados por una central de contratación, recurriendo a sistemas dinámicos de adquisición administrados por una central de contratación o recurriendo a acuerdos marco celebrados por una central de contratación (art. 37.1 DCP).

21. *Vid. infra.*

22. Esta cuestión se ha planteado en la práctica en relación con la Central de Contratación de la FEMP, habiéndose establecido una regla *ad hoc*. *Vid. infra.*

La contratación centralizada en el ámbito estatal se regula en los arts. 229 y 230 LCSP. El primero de dichos preceptos establece el régimen general del sistema estatal de contratación centralizada. Por su parte, el art. 230 LCSP regula la adquisición centralizada de equipos y sistemas para el tratamiento de la información.

En todo caso, como en la norma que se deroga, la regulación de la centralización de compras se encuentra fragmentada en la Ley 9/2017. Porque, al margen de los artículos reseñados, la disposición adicional segunda, relativa a las «normas específicas de contratación pública en las entidades locales», regula la adhesión de los entes locales a las centrales de contratación creadas por la Administración General de Estado, las comunidades autónomas y las asociaciones de entidades locales. Y la disposición adicional vigésima séptima regula la adquisición centralizada de medicamentos, productos y servicios sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

En una valoración general, la disciplina de las centrales de contratación contenida en la Ley 9/2017 es continuista con la regulación que contenía el TRLCSP. En todo caso, ello no obsta a que se hayan incluido algunas innovaciones de interés, como la propia modulación de la noción de central de contratación, o la introducción de una disposición específica para evitar las distorsiones que puede producir que una misma prestación pueda contratarse a través de centrales de contratación distintas.

Finalmente, debe señalarse que las fórmulas de agregación de la demanda necesariamente no han de pasar por la constitución de una central de compras. En el pasado se planteó la duda relativa a determinar si era posible que dos Administraciones distintas se pusieran de acuerdo para licitar un acuerdo marco al margen de una central de contratación. En la actualidad, el vigente art. 219 LCSP establece expresamente que «uno o *varios* órganos de contratación del sector público podrán celebrar acuerdos marco [...]»²³. De esta forma, se zanja definitivamente la cuestión²⁴.

23. A diferencia del art. 196 TRLCSP, que hacía referencia exclusivamente a «los órganos de contratación del sector público».

24. Por todo ello, probablemente carezcan ya de utilidad la DA 27 LCSP, sobre adquisición de medicamentos y productos sanitarios a través de acuerdos marco conjuntos, y la DA 31 LCSP, que recoge el texto de la disposición adicional trigésima segunda que introdujo en el TRLCSP el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo. El precepto permite la formalización conjunta de acuerdos marco para la contratación de servicios que faciliten la intermediación laboral por parte de la Dirección General del Servicio Público de Empleo Estatal y los órganos de contratación competentes de las comunidades autónomas, así como de las entidades y organismos dependientes de ellas e integrados en el Sistema Nacional de Empleo.

En todo caso, y desde una perspectiva más amplia, debe tenerse en cuenta que el art. 31 LCSP, en su segundo y tercer apartado, prevé que las entidades pertenecientes al sector público acuerden la realización conjunta de contrataciones específicas. Al margen de prever expresamente esta posibilidad, la LCSP se ocupa de determinar qué entidad contratante es responsable del cumplimiento de las obligaciones que se originan durante el procedimiento de licitación²⁵. De esta forma, la LCSP permite expresamente la instauración de mecanismos flexibles de agregación de la demanda que pueden resultar de gran utilidad en el marco de la contratación de necesidades comunes en ámbitos territoriales cercanos, sin el grado de formalización que exige la creación de una central de contratación.

2.2

Las matizaciones en la definición de «central de contratación»: hacia una mayor convergencia con el derecho de la Unión Europea

Como se explicó en otro lugar²⁶, el concepto de central de contratación que contenía el TRLCSP no se correspondía con el concepto de central de contratación que incorporaban las directivas. Así, el art. 203.1 TRLCSP disponía que «las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados». De esta forma, las diferencias entre la definición europea y la española de central de contratación eran notables, porque mientras al derecho europeo le preocupan las relaciones intersubjetivas —es decir, las relaciones entre poderes adjudicadores diferentes²⁷—, el art. 203 TRLCSP situaba la creación de

25. En este sentido se dispone lo siguiente:

Cuando un procedimiento de contratación se desarrolle en su totalidad de forma conjunta en nombre y por cuenta de varias entidades, estas tendrán la responsabilidad conjunta del cumplimiento de sus obligaciones. Ello se aplicará también en aquellos casos en que una sola entidad administre el procedimiento, por cuenta propia y por cuenta de las demás entidades interesadas.

Cuando un procedimiento de contratación no se desarrolle en su totalidad en nombre y por cuenta de las entidades interesadas, estas solo tendrán la responsabilidad conjunta por aquellas partes que se hayan llevado a cabo conjuntamente. Cada entidad será única responsable del cumplimiento de sus obligaciones con respecto a las partes que lleve a cabo en su propio nombre y por cuenta propia.

26. GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Demanda agregada...», *op. cit.*, p. 297.

27. Como se explicó en GALLEGO CÓRCOLES, Isabel: «Demanda agregada...», *op. cit.*, al derecho de la Unión Europea lo que le preocupaba en aquel momento era precisar en qué condiciones un poder adjudicador podía adherirse a una central de contratación sin tener que articular dicha relación como un contrato de servicios cuya adjudicación debiera someterse a la Directiva. En la actualidad, el art. 37.4 DCP dispone que «los poderes adjudicadores

la central de contratación en el ámbito de las relaciones entre órganos del *mismo* poder adjudicador. De esta forma, mientras las centrales de compras del derecho de la Unión Europea son poderes adjudicadores que realizan adquisiciones para otros poderes adjudicadores²⁸, en el derecho español podían constituirse en el seno de los distintos poderes adjudicadores como servicios especializados. En definitiva, la regulación nacional era desafortunada, porque no acertaba a distinguir entre los planos interorgánico e intersubjetivo, de forma que la interpretación del texto legal resultaba en algunos puntos oscura.

El art. 227.1 LCSP sigue disponiendo que la centralización de obras, suministros y servicios se realiza a través de «servicios especializados»²⁹, si bien la dimensión intersubjetiva de la central se incorpora al art. 227.2 LCSP, según el cual «las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para *otros entes del sector público*, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos».

Aunque debe valorarse positivamente el cambio de redacción de la disposición, que nos permite una transposición más certera de la norma europea, debe resaltarse que resulta dudoso que el mismo incremente el grado de colaboración en sus compras entre los distintos poderes adjudicadores, pues no se han adoptado otras medidas que pretendan reforzar el papel de las centrales de compras como instrumento de colaboración interadministrativa. Es más, esta función de las centrales de contratación sigue quedando desdibujada en la norma. En todo caso, la adopción de una estrategia en este sentido necesitará esfuerzos mayores que una mera modificación —con mayor o menor calado— de una disposición legal. Y es que las medidas que se pudieran adoptar para llevar a cabo proyectos más ambiciosos de colaboración interadministrativa requerirán de un alto nivel de compromiso político entre las distintas partes implicadas.

podrán adjudicar un contrato público de servicios para la realización de actividades de compra centralizadas a una central de compras sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva».

28. Tal y como establece el considerando 69 de la DCP, «las centrales de compras se encargan de efectuar adquisiciones, gestionar sistemas dinámicos de adquisición o adjudicar contratos públicos/acuerdos marco para otros poderes adjudicadores, con o sin remuneración».

29. Según el art. 227.1 LCSP, «las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados».

2.3

La adhesión a centrales de contratación externas

Como ya hemos señalado, las centrales de contratación pueden tener una importante dimensión como instrumentos de cooperación interadministrativa. De ahí que la posibilidad de adhesión a las centrales externas sea una cuestión de gran relevancia. En este sentido, la LCSP distingue entre los distintos niveles territoriales a la hora de regular la adhesión a centrales de contratación por parte de entes que no pertenecen al sistema.

El art. 229.3 LCSP regula la adhesión a la central de compras estatal por parte del “resto de entidades del sector público”. Por su parte, el art. 228.2 LCSP regula las relaciones de cooperación al margen de la central estatal de contratación. Y dispone que, mediante los correspondientes acuerdos, las comunidades autónomas, ciudades autónomas de Ceuta y Melilla y entidades locales, así como los organismos y las entidades dependientes de las anteriores, puedan adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley.

Por su parte, las corporaciones locales podrán adherirse al sistema de contratación centralizada estatal, a las centrales de las comunidades autónomas (si así está previsto)³⁰, a los sistemas de otras entidades locales, así como a los creados por las asociaciones de entidades locales a los que se refiere la DA 5.ª de la Ley 7/1985 (DA 3.ª10 LCSP).

Como veremos en el epígrafe siguiente, en el mismo ámbito territorial distintas centrales pueden ofertar la misma prestación, de forma que en la práctica se ha impuesto un modelo muy flexible, pero también asistemático y de efectos inciertos en el mercado. Ello es así hasta el punto de que la LCSP dispone ahora, como novedad, que en ningún caso una misma Administración, ente u organismo podrá contratar la provisión de una misma prestación a través de varias centrales de contratación (art. 228.3 LCSP). Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la disposición puede resultar insuficiente para garantizar una efectiva racionalización del sistema. Lo que prohíbe la norma es que se contrate simultáneamente la misma prestación a través de varias centrales distintas. Pero, en principio, pudiera suceder que un mismo ente esté genéricamente adherido respecto a la misma prestación a varios sistemas de compra centralizada, de forma que se pudiera optar por utilizar una u otra a la vista de los resultados³¹.

30. *Vid. infra*.

31. Como analizaremos más adelante, se va imponiendo la práctica según la cual los entes efectivamente destinatarios de cada acuerdo marco no se precisan en la documentación contractual.

Finalmente, la norma no regula ni la competencia ni la naturaleza del acto por el que se acuerda la adhesión a la central de contratación. En relación con la forma y el procedimiento de adhesión de las entidades locales a la central de contratación provincial, el Informe JCCA Aragón 5/2010, de 14 de abril, concluyó que bastaba un convenio, o instrumento jurídico similar, con el contenido y las determinaciones que estime la diputación provincial, sin que sea necesario realizar una encomienda de gestión ni tramitar el procedimiento que se indicaba en la solicitud de consulta³².

3

Los diferentes niveles de centralización de la contratación. La adhesión de los entes locales a centrales externas

3.1

Sistema estatal de contratación centralizada. La adhesión de entidades externas

Como ya hemos adelantado, el régimen general del sistema estatal de contratación centralizada se contiene en el art. 229 LCSP. La Junta de Contratación Centralizada, adscrita a la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación³³, constituye el órgano de contratación del sistema estatal de contratación centralizada (229.5 LCSP).

En la central estatal, puede distinguirse su funcionamiento como servicio especializado de contratación en el ámbito del sector público estatal³⁴, y

32. Precisamente, los acuerdos por los que se crean y se regulan las centrales de contratación de las diputaciones provinciales suelen determinar el órgano competente para adoptar el acuerdo de adhesión. Un estudio exhaustivo de los mismos, en este y otros aspectos, fue realizado por ARANA AGUIRRE, Laura: «Las centrales de contratación en el ámbito local como fórmula de agregación de la demanda. Especial referencia a la adhesión», 2016 (inédito).

33. La Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación fue creada mediante el Real Decreto 696/2013, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Antes de su creación el órgano encargado de realizar las compras centralizadas era una subdirección general integrada en la Dirección General de Patrimonio del Estado.

34. Desde esta perspectiva, el elemento fundamental del sistema es la declaración de suministros, obras y servicios de contratación centralizada. Efectuada por el Ministro de Hacienda y Función Pública, esta declaración conforma un catálogo de prestaciones que, contratándose de forma general, tienen características esencialmente homogéneas. La inclusión de un bien, servicio u obra dentro de dicho catálogo implica la obligación de que su adquisición sea a través del sistema estatal de contratación centralizada respecto a buena parte de los poderes adjudicadores que integran el sector público estatal (*vid.* art. 229.2 LCSP). El elenco de suministros y servicios declarados de adquisición centralizada se recoge en la Orden

su vertiente como poder adjudicador que realiza una intermediación en las adquisiciones de poderes adjudicadores pertenecientes al sector público autónomo y local. El instrumento jurídico que se emplea en este último tipo de relaciones es la celebración de acuerdos marco³⁵.

En relación con esta última perspectiva, el art. 229.3 LCSP regula la adhesión a la central de compras estatal por parte del «resto de entidades del sector público», es decir, de las comunidades autónomas, los entes locales y sus organismos de derecho público, y también las entidades estatales que no estén obligadas a adquirir bienes y servicios a través de la central. La adhesión, siempre voluntaria, requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con la Administración General del Estado a través de la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación. Al margen de ello, la Ley se limita a prever que el contenido y procedimiento de los acuerdos de adhesión se establecerá mediante Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública. La Orden HAP/2834/2015, de 28 de diciembre, por la que se modifica la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, desarrolla el procedimiento de adhesión a la Central de Contratación del Estado. En este sentido, se establece una adhesión en dos fases³⁶.

En una primera fase, la entidad interesada suscribirá con la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación un acuerdo de adhesión genérico a la Central de Contratación del Estado. La celebración de este acuerdo de adhesión genérico implicará la manifestación formal de su voluntad de integrarse en el régimen general de funcionamiento de la Central de Contratación del Estado, y el derecho de adherirse a los distintos acuerdos marco de la Central de Contratación del Estado.

EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, que ha sido modificada para ampliar su ámbito objetivo de manera progresiva.

En el ámbito del sector público estatal, la central no solo emplea acuerdos marco (abiertos a los entes adheridos), sino que también celebra los llamados «contratos centralizados», que tienen como destinatarios a distintos órganos de contratación de la Administración General del Estado. Ejemplos de estos últimos son Telecomunicaciones de la Administración General del Estado, soportes y licencias IBM, servicios postales, control de publicidad institucional, agencia de viajes, seguridad y limpieza.

35. Tal y como dispone el art. 229.7 LCSP, en el caso de la central estatal, la contratación de obras, suministros o servicios centralizados podrá efectuarse a través de los siguientes procedimientos: a) mediante la conclusión del correspondiente contrato, que se adjudicará con arreglo a las normas procedimentales contenidas en el Capítulo I del Título I del Libro I de la LCSP; b) a través de acuerdos marco; c) a través de sistemas dinámicos de adquisición. En la práctica, no obstante, los contratos centralizados tienen como ámbito subjetivo exclusivo el sector público estatal. Por su parte, los sistemas dinámicos de contratación todavía no se han implementado.

36. El art. 8 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada desarrolla el procedimiento de adhesión a la Central de Contratación del Estado.

En una segunda fase, la entidad formalizará la adhesión voluntaria a un acuerdo marco específico, lo que implicará la obligación del ente o entidad adherida de realizar todas las contrataciones a través del mismo, salvo cuando los bienes adjudicados o el régimen de prestación de los servicios no reúna las características indispensables para satisfacer las concretas necesidades del ente o entidad individualmente adherido. Para ello, los entes adheridos tienen derecho a recibir información individualizada de los acuerdos marcos a celebrar a fin de solicitar su adhesión específica a los mismos. De la dicción del precepto, parecería desprenderse que la solicitud de adhesión específica es previa a la celebración del acuerdo marco.

Desde un punto de vista empírico, el número de adhesiones por parte de entes locales a la central estatal es discreto. Según datos facilitados por la Dirección General de Racionalización y Centralización de Compras³⁷, se han adherido trescientos cincuenta y cuatro entidades locales y organismos o entes públicos dependientes. Durante el año 2018, la central de contratación estatal adjudicó 21 acuerdos marco. El volumen de contratos basados durante ese año fue de 1056 millones de euros³⁸. De esta cantidad, el 4 % (46 millones de euros) corresponde a contratos basados en acuerdos marco adjudicados por entes locales³⁹.

Desde la perspectiva del ámbito objetivo de actuación de la central, en la actualidad están en vigor dieciséis acuerdos marco. Las posibilidades de adhesión a un acuerdo marco concreto dependen del concreto momento temporal en el que se licitó. En los más antiguos todavía en vigor —es decir, los relativos al suministro de equipos y *software* de comunicaciones, suministro de servidores de propósito general, servicios de desarrollo de sistemas de administración electrónica— puede solicitar la adhesión cualquier entidad adherida genéricamente a la Central de Contratación del Estado.

En los acuerdos marco licitados durante los años 2016 y 2017, sus destinatarios se limitan a las entidades que se habían adherido previamente, apareciendo relacionadas en los correspondientes pliegos de condiciones. Estos acuerdos marco se refieren al suministro de mobiliario de despacho y complementario de archivo, de bibliotecas, mamparas, clínico y geriátrico y de laboratorio⁴⁰, suministro de ordenadores de mesa, ordenadores portátiles y

37. Estos datos están actualizados a 14 de junio de 2018.

38. Datos disponibles en <https://contratacioncentralizada.gob.es/>.

Fecha de consulta: 28-9-2019.

39. El 83 % del volumen adjudicado corresponde al sector público estatal. Por su parte, las comunidades autónomas suponen el 13 % del volumen adjudicado.

40. De las 10 entidades adheridas, 4 son ayuntamientos.

monitores⁴¹, suministro de material de oficina no inventariable⁴², suministro de sistemas y elementos de seguridad⁴³, suministro de equipos audiovisuales⁴⁴, suministro de vehículos de turismo⁴⁵, suministro de vehículos industriales pesados⁴⁶, suministro de vehículos industriales comerciales⁴⁷, suministro de papel cortado para equipos de impresión, fotocopadoras, copiadoras y multicopiadoras⁴⁸, suministro de combustible en estaciones de servicio⁴⁹, suministro de energía eléctrica⁵⁰, y servicio de compra de espacios en medios de comunicación⁵¹. A partir de los pliegos de condiciones de dichos acuerdos marco se puede comprobar que el porcentaje de entidades locales que han recurrido a adhesiones específicas a estos acuerdos marco es muy reducido.

Por lo demás, los PCAP correspondientes a los acuerdos marco licitados a partir de 2018 permiten que soliciten la adhesión al acuerdo marco las entidades que figuran relacionadas expresamente en el PCAP como adheridas genéricamente a la Central de Contratación del Estado. Se trata de los acuerdos marco relativos al suministro de motocicletas y ATV/QUADS⁵², y los todavía no vigentes relativos al suministro de impresoras, equipos multifuncionales y escáneres y nuevo acuerdo marco para el suministro de sistemas, equipos y software de comunicaciones (AM 10/2018) y suministro de impresoras, equipos multifuncionales y escáneres (AM 05/2018). Como señalaremos más adelante, esta forma de delimitar los entes destinatarios de los acuerdos marco resulta problemática desde la perspectiva del principio de transparencia.

41. Este AM cuenta con 50 entidades adheridas, entre ellas 21 ayuntamientos y 2 diputaciones.

42. Este AM carece de adhesiones externas.

43. Este AM cuenta con 24 entidades adheridas, entre ellas 11 ayuntamientos y 2 diputaciones.

44. A este AM solo formalizó su adhesión el Ayuntamiento de Madrid.

45. Este AM cuenta con 67 entidades adheridas, entre ellas 18 ayuntamientos y 3 diputaciones.

46. En este caso, el AM cuenta con 72 entidades adheridas, de las cuales 29 son ayuntamientos y 6 son diputaciones.

47. Este AM cuenta con 36 entidades adheridas, entre ellas 14 ayuntamientos y una diputación.

48. Este AM cuenta con 19 entidades adheridas, entre ellas 9 ayuntamientos y una diputación.

49. A este AM no se ha adherido ninguna entidad local.

50. Este AM cuenta con cuatro entidades adheridas, ninguna de las cuales tiene naturaleza local.

51. Este AM cuenta con 20 entidades adheridas, entre ellas 5 ayuntamientos.

52. Así, en la cláusula II del PCAP del AM 19/2018, relativo al suministro de motocicletas y ATV/QUADS, se dispone que «Las entidades que podrán adherirse a este acuerdo marco según lo previsto en el artículo 205.1 y 205.3 del TRLCSP, mediante la conclusión del correspondiente acuerdo con la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación figuran en el Anexo IV de este pliego». En el Anexo IV de dicho pliego, salvo error por nuestra parte, aparecen 312 entidades locales como posibles destinatarias del acuerdo marco.

En general, como puede comprobarse, la actividad de la central de contratación estatal se halla suficientemente consolidada. No obstante, el papel que desempeña en la agregación de demandas locales no deja de ser bastante discreto.

3.2

Breve referencia a los sistemas autonómicos de contratación centralizada

El art. 228 LCSP dispone que la creación de centrales de contratación por las comunidades autónomas se efectúe en la forma que prevean las normas de desarrollo de esta Ley y que aquellas dicten en ejercicio de sus competencias. En la actualidad, todas las comunidades autónomas disponen de iniciativas de contratación centralizada, sistemas que, con sus diferencias, tienden a seguir el modelo estatal que acabamos de describir. De esta forma, se establece un elenco de suministros y servicios que, en el ámbito de la Administración autonómica, deben ser objeto de compra centralizada⁵³. La adhesión a centrales autonómicas para parte de entes externos al sistema centralizado autonómico está regida por sus propias normas. En la mayor parte de supuestos se permite la adhesión de los entes locales a la central de contratación autonómica⁵⁴.

No existe información estructurada que permita comparar la actividad real de estas centrales, especialmente en lo que a actividad dirigida a poderes adjudicadores pertenecientes a otros niveles territoriales se refiere. En todo caso, uno de los retos del modelo probablemente sea aprovechar las experiencias y sinergias de estos sistemas, de forma que se articule un mayor nivel de colaboración entre ellos⁵⁵.

53. A modo de ejemplo, *vid.* la Orden de 20 de abril de 2016, de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, por la que se modifica la Orden de 30 de julio de 2004, de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, por la que se determinan los bienes y servicios de gestión centralizada y los procedimientos para su adquisición.

54. Así, entre otros, prevé esta posibilidad el art. 32.1 del Decreto 49/2003, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid. En la actualidad, el sistema madrileño cuenta con cincuenta y tres entidades adheridas, entre las que se encuentran treinta y dos ayuntamientos. Información disponible en <http://www.madrid.org/>. Fecha de consulta: 20-6-2019.

En cambio, la central de contratación de Castilla-La Mancha no prevé la adhesión de entes locales (art. 11.3 del Decreto 294/2011, de Castilla-La Mancha).

55. Algunas iniciativas de este tipo parecen haberse adoptado, aún de manera incipiente. Así, en mayo de 2018 se celebró la primera reunión del Foro de centrales de contratación, organizado por la Dirección General de Racionalización y Centralización de la Contratación, con presencia de responsables de las centrales de contratación o unidades de contratación de todas las comunidades autónomas.

3.3

Las centrales de contratación de carácter local

3.3.1

La creación de centrales de contratación por poderes adjudicadores locales: en especial, la creación de centrales de contratación por parte de las diputaciones provinciales

El art. 204.2 TRLCSP disponía que, en el ámbito de la Administración local, las diputaciones provinciales podían crear centrales de contratación por acuerdo del pleno. Dado que no se establecía regulación alguna para la creación de centrales de contratación por parte de otros entes locales, surgió la duda de si solo las diputaciones provinciales podían crear centrales de contratación. Sin embargo, la nueva redacción del art. 228 LCSP zanja el debate, al admitir expresamente la posibilidad de los «entes locales» de crear centrales de contratación. Por tanto, todo tipo de entes locales, y no solo las diputaciones, podrán crear centrales de contratación⁵⁶.

En todo caso, el potencial para articular compras colaborativas depende del tipo de ente que constituya la central. En el ámbito de la Administración municipal, la central constituye más un modelo organizativo propio dentro de cada Administración local, que en todo caso puede instrumentarse para agregar las demandas de organismos dependientes de la entidad local en cuestión, que un modelo con vocación de colaboración interadministrativa.

Frente a ello, las centrales de contratación provinciales constituyen una pieza que debiera ser clave como modelo de compra colaborativa en el ámbito local. El art. 204 TRLCSP regulaba ya la creación de centrales de contratación por las comunidades autónomas y los entes locales. Era así evidente que desde aquel momento el legislador quiso que las diputaciones puedan constituir centrales de contratación, y que estas extiendan su ámbito de actuación a todas las entidades locales de la provincia (incluidas las mancomunidades de municipios)⁵⁷.

En todo caso, la creación de centrales de contratación provinciales se ha visto potenciada por posteriores reformas legislativas. Así, el art. 36 de la Ley 7/1985,

56. Dispone el art. 228.2 LCSP que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 10 de la disposición adicional tercera, en el ámbito de la Administración local, las corporaciones locales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del pleno.

57. CARBONERO GALLARDO, José Miguel: «Las centrales de compras», *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 125, 2013. En este sentido, *vid.*, entre otras, la Memoria justificativa de la creación de la Central de Contratación de la Diputación de Burgos, disponible en: <https://central.burgos.es/obtenerDocumento.do?jsessionid=492E558AEFD81FA69238FE064106058C?id=138> (fecha de consulta: 16 de junio de 2018).

de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), en la redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL), establece como competencia propia de la diputación o entidad equivalente la siguiente: «g) la prestación de los servicios de administración electrónica y la contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes».

Desde esta perspectiva, la atribución de esta nueva función a las diputaciones provinciales se incardina dentro de las medidas de reforzamiento del papel de estos entes adoptadas por la LRSAL⁵⁸. Se trataría, además, de un mínimo indisponible para el legislador autonómico⁵⁹.

En la actualidad, un número significativo de diputaciones provinciales han creado centrales de contratación, como fórmula de articular la cooperación con los entes locales de su territorio⁶⁰. Sin embargo, resulta llamativo que aunque, como hemos visto, la LBRL ha realizado una atribución incondicionada⁶¹ de la competencia propia de prestación de servicios de contratación centralizada en los municipios con población inferior a 20 000 habitantes, en la mayor parte de provincias no se ha constituido aún una central.

Por otro lado, la actividad de las centrales de contratación que han sido creadas no es uniforme. Sin ánimo de exhaustividad, por ejemplo, la Central de Contratación de la Diputación de Burgos ha celebrado distintos acuerdos marco cuyo objeto ha sido el suministro de electricidad, suministro de material informático, contratación de seguros de responsabilidad civil y patrimonial y servicios de telecomunicaciones⁶². Al margen de todo ello, resulta reseñable la prestación por parte de esta Central de Contratación de lo que en la DCP se conceptualizaría como «servicios auxiliares de compra»⁶³. Por su parte,

58. *Vid.* exposición de motivos LRSAL.

59. JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: *Estudio introductorio y «Vademécum» sobre la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*, Tercera Versión, Federació de Municipis de Catalunya, 2014, p. 94.

60. Entre estas destacan las de Valencia, Alicante, Guipúzcoa, Badajoz, Castellón, Valladolid, Burgos, Granada, Cáceres, Álava y A Coruña.

61. MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: «Las competencias de las entidades locales», en QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 112.

62. Sobre la actividad de esta Central de Contratación, *vid.* PEÑA ALONSO, Javier: «La Central de Contratación de la Diputación de Burgos. Experiencia práctica en la gestión de acuerdos marco y la licitación electrónica de los contratos menores», en FERNÁNDEZ SALMERÓN/MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2019. Según dicho trabajo, la Central cuenta con 245 ayuntamientos adheridos. El valor de los acuerdos marco formalizados asciende a 4 702 985,09 euros, y la actividad de la central habría supuesto un ahorro, gracias a la agrupación de volúmenes de compra, de 180 901,89 euros.

63. *Ibidem*. Entre ellos, destaca la puesta a disposición de los ayuntamientos de una aplicación web de licitación de contratos menores. Según los datos de este trabajo, 233 ayuntamientos han licitado a través de la herramienta contratos por un importe de 2 778 864,75 euros.

entre los últimos acuerdos marco celebrados por la Diputación de Castellón se encuentra el de prestación de servicios postales (expediente 189/2019) y prestación del suministro de energía eléctrica (expte. 0089/2017).

A la hora de determinar las adhesiones a los acuerdos marco concretos, existen igualmente diferencias en la forma de actuación de las centrales. Si nos ceñimos a los dos ejemplos señalados anteriormente, mientras que en los acuerdos marco celebrados por la Central de la Diputación de Castellón se determina el elenco de entidades adheridas a cada acuerdo marco concreto, de forma que se enumeran de forma precisa sus destinatarios⁶⁴, en el caso de la Central de la Diputación de Burgos se permite una adhesión al Acuerdo Marco que puede plantear algunos problemas jurídicos, dado que no se identifican claramente los entes adheridos que tienen intención real de adjudicar contratos basados en cada acuerdo marco concreto⁶⁵.

Por lo demás, se ha resaltado que resulta muy relevante la función de las centrales de contratación de las diputaciones provinciales en determinados acuerdos marco, debido a la complejidad técnica que supone la elaboración de los pliegos y la tramitación del expediente para los que los municipios pequeños no cuentan con personal cualificado, además de los grandes ahorros que se están obteniendo con la agregación de la demanda⁶⁶. A mi juicio, no obstante, a la vista del número de centrales creadas, del ámbito objetivo en el que operan y de las adhesiones que suscitan, la plena potencialidad de las centrales de contratación provinciales todavía no se ha llegado a implementar.

La regulación que glosamos ha de completarse con lo dispuesto en la disposición adicional segunda, apartado sexto, LCSP, según la cual «en los municipios de población inferior a 5000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que, con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el art. 204 mediante acuerdos al efecto». Es de sobra conocido que uno de los principales problemas de los ayuntamientos denominados pequeños es la insuficiencia de personal cualificado para afrontar las exigencias jurídico-formales de la aplicación y gestión de la normativa sobre contratación, y, en este sentido, el *Informe y Conclusiones de la Comisión de expertos para el estudio y diagnóstico de la situación de la contratación pública*⁶⁷ recomendaba la encomienda

64. *Vid.* expedientes citados.

65. En este sentido, cláusula 3 del PCAP para la celebración del Acuerdo Marco de suministro de energía eléctrica (AM 1 bis/18). Sobre esta cuestión, *vid. infra*.

66. BATET JIMÉNEZ, María Pilar: «Racionalidad y racionalización en la contratación pública local», en CAMPOS ACUÑA (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, p. 471.

67. VV. AA., 2004, p. 73.

de gestión en las diputaciones para la formalización del expediente de contratación. Ahora bien, la previsión vigente va más allá de dicha recomendación, y permite la traslación del ejercicio de las competencias sobre contratación de los municipios de población inferior a 5000 habitantes. En estos supuestos, por tanto, la actividad contractual de las centrales de contratación no se limitaría a sus habituales funciones de intermediación en los supuestos de suministros y servicios recurrentes. El desplazamiento competencial previsto en el precepto constituye una delegación intersubjetiva que como tal, habrá de respetar lo establecido en el art. 47.2 h) LBRL. De esta forma, la actuación de la central de contratación alcanza también a las funciones de ejecución del contrato; controla la ejecución (modificación, interpretación, suspensión) del contrato y decide el cumplimiento del mismo o la existencia de causas de resolución⁶⁸.

No obstante, no parece que esta posibilidad de delegación en las centrales de contratación de las competencias en materia de contratación haya tenido trascendencia práctica. Entre otras razones, la actividad de las centrales de contratación, con las evidentes disparidades en su actuación que se han puesto de manifiesto, es muy limitada en relación con las necesidades totales de contratación de cualquier ayuntamiento. Por lo demás, el acceso a la contratación realizada por la central se ha articulado a través de mecanismos más flexibles. Por ello puede resultar más realista la previsión incluida en la disposición final segunda DCP, segundo párrafo del párrafo sexto, según la cual «asimismo podrán concertarse convenios en virtud de cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las diputaciones provinciales o las comunidades autónomas de carácter provincial».

3.3.2

Centrales constituidas por asociaciones de entes locales

La disposición adicional quinta de la LBRL establecía en su redacción original que las entidades locales pueden constituir asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes, a las que se les aplicará su normativa específica y, en lo no previsto en ella, la legislación del Estado en materia de asociaciones. Al amparo de esta disposición se ha creado, entre otras, la Federación Española de Municipios y Provincias (en adelante FEMP), entre cuyos fines se encuentra la prestación, directamente o a través de sociedades o entidades, de toda clase de servicios a

68. COLÁS TENAS, Jesús: «Las centrales de contratación provinciales», *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, n.º 38, junio de 2015, p. 103.

las corporaciones locales⁶⁹. En este punto, la posibilidad de que la asociación pudiera prestar el servicio de contratación centralizada a sus asociados ha sido muy discutida.

En efecto, el IJCCA 19/01, de 3 de julio de 2000⁷⁰, rechazó que una entidad local pudiese adquirir un servicio a través de la FEMP, por dos motivos: en primer lugar, porque no existía habilitación legal⁷¹; en segundo lugar, porque, dada la naturaleza privada de la FEMP, le era inaplicable la legislación de contratos administrativos, por lo que los contratos que celebrase no podrían tener dicho carácter. De esta forma, el recurso a las adquisiciones realizadas por la asociación podía suponer, *de facto*, la huida del derecho administrativo.

Sea como fuere, la LRSAL ha modificado la disposición adicional quinta de la LBRL, de modo que uno de los incisos del actual apartado tercero dispone lo siguiente: «Conforme a lo previsto en el artículo 203 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, estas asociaciones podrán crear centrales de contratación. Las entidades locales a ellas asociadas, podrán adherirse a dichas centrales para aquellos servicios, suministros y obras cuya contratación se haya efectuado por aquellas, de acuerdo con las normas previstas en ese Texto Refundido, para la preparación y adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas»⁷².

Resulta evidente así que se han tratado de superar los importantes obstáculos jurídicos que se oponían a la prestación de los servicios de contratación centralizada a través de asociaciones de municipios. Por un lado, se autoriza expresamente la adhesión de los entes locales a las centrales de contratación creadas por las asociaciones de estos entes. Por otro lado, expresamente se estipula que las asociaciones de entes locales aplicarán las normas de contratación de las Administraciones públicas –y no las de los poderes adjudicado-

69. Los vigentes estatutos fueron aprobados por la 10 Asamblea General de la FEMP, celebrada en Madrid el 24 de septiembre de 2011.

70. Más recientemente, *vid.* IJCCA Islas Baleares 4/2013, de 19 de julio.

71. La disposición adicional décima de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 establecía en su apartado primero que las comunidades autónomas, entidades locales, sus organismos autónomos y entes públicos podrán adherirse al sistema de contratación centralizada establecido en los artículos 183.1 y 199, para la totalidad o para categorías de bienes y servicios, mediante acuerdos con la Dirección General del Patrimonio del Estado. En el apartado 3 se ampliaba tal posibilidad de adhesión a los sistemas de adquisición centralizada de otras comunidades autónomas y entidades locales.

72. De manera acorde, la LCSP introduce cierta mejora sistemática, al establecer en su DA 3.^a, apartado 10, que las entidades locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse a las centrales de contratación de las comunidades autónomas previstas en el apartado 3 del artículo 226, podrán adherirse a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado y por las comunidades autónomas.

res, que son las propias de su naturaleza jurídica—. Como se ha advertido⁷³, la forma jurídica de la cooperación no puede servir para alterar el marco de la competencia y sus consecuencias jurídicas.

En cualquier caso, el ejemplo más destacado de central de contratación creada por una asociación de entes locales es la Central de Contratación de la Federación Española de Municipios y Provincias⁷⁴. Su funcionamiento se rige por un reglamento aprobado por la Junta de Gobierno de la FEMP de 17 de julio de 2014.

Según este reglamento, para hacer efectiva la adhesión a la Central de Contratación de la FEMP, se precisará la adopción del correspondiente acuerdo en tal sentido por parte del pleno corporativo, así como la formalización entre la FEMP y cada entidad del pertinente acuerdo o convenio de adhesión.

En todo caso, la adhesión no tendrá carácter obligatorio para la entidad, que podrá efectuar sus contrataciones al margen de la Central de Contratación de la FEMP cuando lo estime oportuno⁷⁵. De esta forma, en los acuerdos marco celebrados no delimitan qué entes serán efectivamente destinatarios de los mismos⁷⁶. Ello plantea los problemas jurídicos que analizaremos en el epígrafe siguiente.

En relación con los datos de la central, el número de entidades adheridas asciende a 1130 entidades locales⁷⁷. En la actualidad, en el ámbito de contratación de la FEMP se encuentran en vigor seis acuerdos marco: suministro de electricidad en alta y baja tensión; prestación del servicio de cobros en el extranjero de sanciones en materia de tráfico a titulares y conductores con domicilio fuera de España; servicio de asistencia para la gestión tributaria en vía ejecutiva; servicio de asistencia técnica y colaboración para la gestión, recaudación voluntaria y ejecutiva de las multas de tráfico; servicios de mediación de riesgos y seguros de la Central de Contratación de la FEMP en La Rioja, Navarra, Aragón y País Vasco; servicio de mediación de riesgos y se-

73. GIMENO FELIÚ, José María: «Centrales de compras, cooperación y administración local. Ventajas y límites», 2014, www.obcp.es.

74. Creada por acuerdo de la Junta de Gobierno de la FEMP de 28 de enero de 2014.

75. Art. 2 del Reglamento aprobado por la Junta de Gobierno de la FEMP de 17 de julio de 2014.

76. Sirva como ejemplo la cláusula 3 del PCAP que rige la celebración del acuerdo marco para el suministro de electricidad en alta y baja tensión. Según la misma, «el ámbito subjetivo del presente Acuerdo Marco está comprendido por todas las entidades locales asociadas a la FEMP, cuyo listado se encuentra disponible a través del siguiente enlace, así como sus entes dependientes, por lo que todas estas entidades, entes u organismos podrán contratar bajo el marco jurídico del presente Acuerdo Marco, siendo el único requisito para ello, estar adherido a la Central de Contratación de la FEMP».

77. Los datos están actualizados a 17 de mayo de 2019 y proceden del *Boletín* número 38 de la Central de Contratación de la FEMP.

guros⁷⁸. Como ya hemos adelantado, en cada acuerdo marco no se identifican los destinatarios efectivos. En relación con la actividad de la central, entre los últimos datos difundidos puede destacarse que durante el año 2018 se adjudicaron 91 contratos basados en el acuerdo marco de suministro de energía, alcanzándose un «volumen» de más de 82 780 000 euros⁷⁹.

Por lo demás, la Central de Contratación de la FEMP es gratuita para las entidades jurídicas asociadas, pero no para los operadores económicos. De esta forma, el Reglamento de funcionamiento prevé que para hacer frente a los gastos generales de la Central de Contratación, en cuanto al personal, medios materiales y técnicos precisos para el establecimiento de la Central de Contratación, y los provenientes de la actividad de la Comisión de Supervisión y Control de los contratos o acuerdos que se formalicen, los adjudicatarios de los citados contratos o acuerdos se harán cargo del abono a la FEMP de la retribución, fija o variable, inherente a la promoción, intermediación y gestión del contrato o acuerdo que resulte adjudicado a su favor. Ahora bien, la RTACR 163/2018 de 16 de febrero de 2018 ha anulado la cláusula de un pliego que establecía la obligación del adjudicatario de compensar a determinada central de contratación del importe de todos los gastos, directos e indirectos, en que hubiese incurrido dicha central en la preparación de la licitación.

En todo caso, la Central de Contratación de la FEMP no es la única experiencia de central de contratación creada en el ámbito del asociacionismo local. Así, el Consorcio Catalán para el Desarrollo Local (*Consorci Català pel Desenvolupament Local*), en el que se integra la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, constituyó en su día una central de compras⁸⁰. En la actualidad, su ámbito de actuación es relativamente amplio, ya que se encuentran en vigor catorce acuerdos marco, cuyo ámbito objetivo incluye seguros, equipos informáticos, calderas de biomasa, movilidad sostenible, etc.⁸¹ La adhesión a los acuerdos marco celebrados se realiza con gran flexibilidad⁸².

78. Información disponible en http://femp.femp.es/Microsites/Front/PaginasLayout3/Layout3_Personalizables/MS_Maestra_3/_MznynrPoTrU6CM-Yw1KFsmATMxyVKz0cSyNJ31tgQDj4sL2HdP2iovRxQp1_iUZ8

79. Los datos proceden del *Boletín* número 37 de la Central de Contratación de la FEMP.

80. Este Consorcio, por acuerdo de 17 de diciembre de 2009, aprobó la modificación de sus Estatutos para crear un sistema de contratación centralizada, configurándolo como un servicio especializado de central de contratación con el objeto de dar servicio a los entes locales de Cataluña.

81. Puede consultarse la información disponible en <http://www.acm.cat/compres>.

82. Sirva como ejemplo el acuerdo marco relativo al suministro de gas natural con destino a los entes locales de Cataluña (expediente 2018.02), PCAP disponible en http://www.acm.cat/sites/default/files/manual_uploads/compres/doc_espec%C3%ADfca/pcap_gas_natural_2018.02.pdf (fecha de consulta: 5 de mayo de 2019).

Por lo demás, otras asociaciones de carácter autonómico han creado también sus propias centrales de contratación⁸³.

En definitiva, en el ámbito de las asociaciones de entes locales se están desarrollando diferentes alternativas, con un grado de madurez y de implantación también muy distinto. En cualquier caso, resulta en cierto modo contradictorio que una reforma legislativa que pretende evitar duplicidades administrativas —la efectuada por la LRSAL—, a la vez que configura las funciones de central de contratación como competencia propia de las diputaciones provinciales, habilítase a las distintas asociaciones de ente locales a la creación de centrales de compra⁸⁴. Ciertamente es que en algunos ámbitos territoriales las centrales constituidas en el seno de asociaciones de municipios no compiten con las centrales de las diputaciones provinciales, ya que en estas en algunos casos no se han creado y, en otros, no existe siempre solapamiento entre las demandas objeto de agregación. En todo caso, el modelo instaurado dista de ser totalmente racional.

4

La celebración de acuerdos marco por parte de centrales de contratación: la delimitación de los entes destinatarios

Como se ha venido insistiendo a lo largo de este trabajo, en el ámbito de la cooperación para contratar de forma conjunta las centrales de contratación operan a través de la celebración de acuerdos marco⁸⁵, instrumento que, dada su flexibilidad, resulta especialmente idóneo en su actuación⁸⁶. Estos acuerdos marco

83. Del mismo modo, se ha creado la Central de Contratación de la Federación de Municipios y Provincias de Castilla-La Mancha. El Reglamento de Organización y Funcionamiento se encuentra disponible en http://www.fempclm.es/FUNCIONAMIENTO_es_1_817.html. En la fecha en la que se redactan estas líneas, el único contrato en vigor en el ámbito de dicha Central es el relativo a riesgos y seguros (fecha de consulta: 20 de junio de 2019).

84. Consideraciones similares, si bien poniendo de manifiesto que la Central de la FEMP entra en pugna con las centrales de las diputaciones provinciales, en BATET JIMÉNEZ, María Pilar: «Racionalidad y racionalización en la contratación pública local», en CAMPOS ACUÑA (dir.), *La nueva contratación pública en el ámbito local*, Wolters Kluwer, p. 477.

85. Con carácter general, la CNMC ha criticado de la actividad de la central de contratación estatal la utilización del acuerdo marco en detrimento de los sistemas dinámicos de adquisición, que permiten una competencia más efectiva en el mercado. No obstante, el desarrollo de los mismos está todavía por implementarse. Para un valioso compendio del contenido de estos informes, *vid.* CAMPUZANO FERNÁNDEZ, Susana y ESPINOSA GARCÍA, Juan: «Contratación pública centralizada, competencia en el mercado y diseño de las licitaciones: experiencias recientes en España», en VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público*, Aranzadi, 2016.

86. En general sobre los acuerdos marco, *vid.* MOREO MARROIG, Teresa: «Racionalización y acuerdos marco», en GIMENO FELIU (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del*

tienen la naturaleza de precontratos, perfeccionándose solo el correspondiente negocio jurídico con ocasión de la adjudicación de cada contrato basado⁸⁷. En la práctica de las centrales de contratación pueden encontrarse ejemplos de la distinta tipología de acuerdos marco existentes: acuerdos marcos celebrados con una única empresa cerrados, acuerdos múltiples abiertos, etc.

Una cuestión que ha sido recurrente ha sido la relativa a determinar hasta qué punto es preciso identificar de una forma realista los entes que serán destinatarios de los acuerdos marco celebrados por la central de contratación. En concreto ha surgido la duda de si puede celebrarse un acuerdo marco sin que se identifiquen los entes externos que se encuentran vinculados a adquirir, a través del mismo, la concreta prestación licitada por la central. Si esta identificación precisa no fuese necesaria, los entes adheridos a la central no se comprometerían a adjudicar contratos derivados del acuerdo marco desde el inicio, posibilitándose una adhesión al acuerdo marco posterior a la celebración y a la vista de sus resultados.

En experiencia acumulada desde la puesta en funcionamiento de las centrales de contratación, se han ido adoptando posturas divergentes en este sentido. Mediante la incorporación de un elenco de entidades potencialmente interesadas en el acuerdo marco, se pretende superar la resistencia a la pérdida de poder de decisión en la gestión y decisión de compra por parte de las entidades adheridas. Sin embargo, esta solución no está exenta de problemas jurídicos, pues, por un lado, los operadores económicos desconocen un aspecto tan relevante para formular la oferta como son los entes que realmente serán destinatarios de la prestación, por lo que puede cuestionarse si esta forma de actuación produce una vulneración del principio de transparencia⁸⁸. Por otro lado, la indeterminación del número de destinatarios reales del objeto del acuerdo marco implicará que la fijación del valor estimado del acuerdo marco se realice de forma artificiosa, lo que puede afectar a la legalidad del procedimiento elegido para llevar a cabo la compra agregada y a los requisitos de solvencia exigidos.

En la actualidad, el art. 227.4 LCSP dispone que «en los acuerdos marco de contratación centralizada podrán celebrarse contratos basados entre las

Sector Público, Aranzadi, 2018, p. 1253. Y GÓNZALEZ SANFIEL, Andrés M.: «Acuerdos marco», en *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

87. Como explica MOREO MARROIG, Teresa («Racionalización...», *op. cit.*, p. 1253), incluso en los casos de acuerdos marco individuales y cerrados, cuando actúa una central de contratación y posteriormente intervienen otros órganos de contratación, el negocio no reúne todos los elementos del contrato que exige el Código Civil en el art. 1261, dado que falta por determinar un requisito estructural en el contrato derivado (el consentimiento del contratante).

88. *Vid. infra*.

empresas y entes del sector público *parte* del acuerdo marco, así como por *otros* entes del sector público, siempre que dichos entes, entidades u organismos se hubieran identificado en el pliego regulador del acuerdo marco, y se hubiera hecho constar esta circunstancia en la convocatoria de licitación». Dicho precepto transpone el art. 32.2 DCP, según el cual los procedimientos para adjudicar contratos basados en un acuerdo marco solo serán aplicables entre los poderes adjudicadores *claramente identificados al efecto* en la convocatoria de licitación o la invitación a confirmar el interés y los operadores económicos que fueran partes en el acuerdo marco celebrado. La legislación española distingue así entre el poder adjudicador que celebra el acuerdo marco (y que, por tanto, tiene la condición de «parte») y aquellos *otros* poderes adjudicadores que, por formalizar los contratos derivados, ostentan la condición de destinatarios⁸⁹. Y aunque la norma española no lo establezca expresamente, la determinación de los destinatarios ha de realizarse con «claridad», «de modo que los poderes adjudicadores de que se trate puedan ser reconocidos fácilmente y sin equívoco»⁹⁰. La cuestión a resolver es si concurre este requisito en el supuesto de que en el elenco de posibles destinatarios se incluyan entes que no tengan interés real en participar en el acuerdo marco. Pues bien, a nuestro juicio, como explica ARROWSMITH⁹¹, en el anuncio de licitación ha de indicarse qué entes concretos tienen una intención real de adquirir obras, suministros y servicios a través de determinado acuerdo marco, ya que el principio de transparencia exigiría que los operadores económicos conozcan qué mercados concretos están cubiertos por el acuerdo marco.

En relación con esta cuestión y con la interpretación de las disposiciones de la DCP aplicables, resulta imprescindible el análisis de la reciente STJUE de 19 de diciembre de 2018 (as. C-216/17). No obstante, ha de advertirse que una lectura apresurada de la misma puede conducir a conclusiones equivocadas⁹². Preguntado el Tribunal de Justicia acerca de si las directivas sobre contratación pública permiten la celebración de un acuerdo marco en el que un poder adjudicador actúa en nombre propio y de otros poderes adjudicadores indicados específicamente, los cuales, no obstante, no intervienen directamente en la firma del acuerdo marco, el Tribunal contesta lo siguiente: «un

89. Sobre esta distinción ha insistido MOREO MARROIG, Teresa. *Vid. Manual para la utilización...*, *op. cit.*, p. 92, y «Racionalización...», *op. cit.*, p. 1252.

90. Considerando 60 DCP.

91. ARROWSMITH, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3.^a ed., Sweet & Maxwell, 2014, pp. 1121 y ss.

92. En relación con las distintas interpretaciones a las que puede dar lugar la sentencia, *cfr.* BATET JIMÉNEZ, María Pilar: «¿Es posible que una entidad no adherida inicialmente a un acuerdo marco celebre un contrato basado?», con MOREO MARROIG, Teresa: «Comentarios a la STJUE de 19 de diciembre de 2018», ambas en <https://lapartecontratante.blog> (abril 2019).

poder adjudicador puede actuar en su propio nombre y por cuenta de otros poderes adjudicadores claramente designados que no son directamente partes en un acuerdo marco, siempre que se cumplan los requisitos de publicidad y seguridad jurídica y por tanto, de transparencia».

Por tanto, el objeto de la cuestión y asimismo de la respuesta, se limita a determinar qué nivel de intervención en la gestación del acuerdo marco puede exigirse a los distintos poderes adjudicadores para que puedan beneficiarse del mismo⁹³. Y la sentencia concluye que no es precisa una participación directa, de forma que se distingue entre poderes adjudicadores firmantes de un acuerdo marco («poderes adjudicadores parte») y poderes adjudicatarios destinatarios del mismo (a los que se denomina «poderes adjudicadores secundarios»). Así, según el apartado 56 de la sentencia: «Por lo tanto, el artículo 32, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18 no exige que un poder adjudicador “secundario”, como la ASST Valcamonica en el asunto principal, haya participado en la firma del acuerdo marco para poder adjudicar posteriormente un contrato subsiguiente. Basta con que tal poder adjudicador aparezca como un beneficiario potencial de dicho acuerdo marco desde la fecha de su celebración, al estar claramente designado en los documentos de la licitación mediante una mención expresa que dé a conocer dicha posibilidad tanto al propio poder adjudicador “secundario” como a cualquier operador interesado».

La referencia que contiene la sentencia a «beneficiarios potenciales» puede resultar distorsionadora, en el sentido de que permitiría entender que podrían incluirse poderes adjudicadores como eventuales destinatarios de la prestación, sin que de ello resulte una obligación por parte de estos de adherirse al acuerdo marco. Pero ello atentaría contra el principio de igualdad y transparencia al que precisamente apela el considerando 63 de la propia sentencia que después transcribiremos.

A mi juicio, la corrección de la tesis que mantenemos se justifica si se advierte el rigor con el que el TJUE contesta a la segunda cuestión prejudicial, relativa a determinar si el derecho europeo permite la celebración de un acuer-

93. Como explica el abogado general Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones, presentadas el 3 de octubre de 2018 (apartados 63-65), «por su propia naturaleza, un “acuerdo marco” es, según el artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2004/18, el pacto “entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos” con el objeto de “establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar”. Cuestión distinta es si esta condición solo puede predicarse de quien haya tenido intervención directa en la firma del acuerdo marco o también de un poder adjudicador que, “sin participar directamente en su firma”, aparece identificado en él. A esta duda se contrae la primera cuestión prejudicial. La condición de parte en un acuerdo marco no tiene por qué implicar que quien la disfruta lo haya firmado; ni siquiera que haya participado directamente en su celebración».

do marco en el que los entes no firmantes («destinatarios» en la terminología más habitual en nuestra doctrina) no determinen la cantidad de las prestaciones que podrán solicitar cuando celebren contratos basados o la determinen mediante la referencia a las necesidades ordinarias. En realidad, el Tribunal de Justicia reformula la pregunta, en el sentido de analizar si podría deducirse que la indicación de las cantidades de prestaciones sobre las que versará el acuerdo marco es únicamente facultativa⁹⁴. Y el TJUE aclara que el acuerdo marco debe determinar, desde el origen, la cantidad máxima de prestaciones o de servicios que podrán ser objeto de los contratos subsiguientes⁹⁵. Así, cuando en la actualidad el anexo V, parte C, DCP dispone que en el anuncio de licitación de un acuerdo marco debe establecerse, «en la *medida de lo posible*, indicación del valor o del orden de magnitud y de la frecuencia de los contratos que se van a adjudicar, el número y, cuando proceda, número máximo propuesto de operadores económicos que van a participar», el poder adjudicador debe precisar el volumen global en el que podrán inscribirse los contratos subsiguientes. Lo único que no debe determinarse con total claridad, sino que ha de concretarse en «la medida de lo posible», «es la precisión del valor y la frecuencia de *cada uno de los contratos subsiguientes* que se han de adjudicar»⁹⁶.

Al margen de otros argumentos, interesa destacar cómo de la necesidad de definir con precisión el volumen económico que abarcará el acuerdo marco se desprenden los principios fundamentales que rigen la adjudicación de los contratos públicos. Así, «pues bien, tanto los principios de igualdad de trato y no discriminación como el principio de transparencia que de ellos se deriva (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de diciembre de 2015, UNIS y Beaudout Père et Fils, C-25/14 y C-26/14, EU:C:2015:821, apartado 38) implican que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de adjudicación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio

94. *Vid.* considerando 59.

95. En nuestro derecho, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/2012, primero, y la RTACR 914 de 5 de octubre de 2015 y la SAN de 27 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:AN:2017:3877), después, consideraron que el valor estimado del contrato no operaba como importe limitativo del total de los futuros contratos, pues de ser así perdería toda utilidad y sería de imposible cálculo, ya que nunca se podrá saber con certeza la cuantía global de todos los contratos que se vayan a celebrar basándose en el mismo, máxime en los casos en los que en ese acuerdo marco participen varias Administraciones públicas, como varias comunidades autónomas o varias corporaciones locales. Sobre lo insatisfactorio de la solución que había mantenido el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 17/2012, *vid.* MOREO MARROIG, Teresa: *Manual para la utilización de los acuerdos marco y figuras relacionadas*, Aranzadi, 2014, pp. 135-138. La autora ya anticipaba que la solución que finalmente acogieron también el TACRC y la AN no era acorde con la importancia que el TJUE había otorgado al valor estimado del contrato.

96. *Vid.* considerando 60.

de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2017, *Ingsteel y Metrostav*, C-76/16, EU:C:2017:549, apartado 34)».

A mi juicio, este razonamiento es aplicable, *mutatis mutandi*, a la necesidad de perfilar qué entes destinatarios de los acuerdos marco se hallan vinculados por el acuerdo marco. Porque si en la documentación contractual no se precisa qué entes tienen intención real de adjudicar contratos derivados del acuerdo marco, difícilmente podrá considerarse que todas las condiciones de la contratación están previstas de forma clara, precisa e inequívoca. La determinación de qué entes integran el círculo de destinatarios efectivos de la prestación no es una cuestión menor. Porque el valor estimado del contrato no es solo el importe que determina determinados aspectos procedimentales de la licitación, sino también un valor económico esencial para la presentación de ofertas por parte de los licitadores, y perderá esta función si se calcula artificiosamente en función de la eventualidad de que todos los entes genéricamente adheridos decidan recurrir a la central. Por lo demás, aspectos tales como plazos medios de pago o lugar de la entrega también dependerán del ente destinatario.

Por lo demás, la redacción de la Directiva en relación con los acuerdos marco contrasta con lo establecido respecto a la celebración de sistemas dinámicos de contratación por centrales de contratación. En relación con estos últimos, el art. 37 DCP dispone que, «cuando un sistema dinámico de adquisición administrado por una central de compras pueda ser utilizado por otros poderes adjudicadores, ello se hará constar en la convocatoria de licitación en la que se establezca el sistema dinámico de adquisición». No se exige en este precepto que los poderes adjudicadores que puedan recurrir al acuerdo marco se identifiquen con «claridad», sino solo que conste esta posibilidad. La razón que subyace a esta diferencia de régimen jurídico se fundamenta en el distinto papel que desempeña el principio de transparencia en uno y otro caso. Mientras que con ocasión del sistema dinámico de adquisición el operador económico no formula todavía oferta alguna, oferta que solo tendrá lugar cuando se pretenda adjudicar un contrato basado en aquel, en el supuesto del acuerdo marco el operador económico se encuentra vinculado a la oferta que presente con ocasión de su celebración, por lo que es preciso que conozca con claridad las condiciones de la contratación.

En todo caso, no debe ocultarse que la sentencia puede dar lugar a distintas interpretaciones. Aun así, lo que se desprende claramente de la misma es

que garantizar el principio de transparencia requiere de una labor más intensa de comunicación entre central de contratación y entes destinatarios, durante la preparación del acuerdo marco. Algunas interpretaciones que se han mantenido en nuestro derecho, por ejemplo la que ha relativizado la importancia del valor estimado de los acuerdos marco, dada la dificultad que entrañaría en el ámbito de la actuación de las centrales de contratación⁹⁷, quedan totalmente superadas a la vista de la contundencia, en algunos puntos, de este pronunciamiento del TJUE.

5

Recapitulación

La agregación de la demanda a través de centrales de contratación comporta una serie de ventajas suficientemente conocidas. Entre ellas, la posibilidad de obtener ahorros es probablemente la más difundida. No obstante, la instauración de un sistema ambicioso de agregación de la demanda no solo ha de buscar este objetivo, sino también potenciar la compra conjunta cuando esta comporte valor añadido por motivos diferentes, lo que puede suceder en aquellos mercados que requieren un mayor nivel de experiencia y especialización para conseguir mejores prestaciones, y/o cuando exista la necesidad de asistir y colaborar con aquellos entes que disponen de menos recursos para afrontar determinados tipos de contrataciones. Por otro lado, los riesgos que provoca la centralización de la contratación no deben soslayarse. Determinadas prestaciones y determinados mercados son mucho más idóneos que otros para la centralización.

La creación de centrales de contratación en nuestro ordenamiento se está desarrollando de forma flexible y asistemática, siendo la cuota de actividad de compra colaborativa de las más bajas de la Unión Europea. Las peculiaridades de los distintos compradores públicos y también de los mercados a los que se dirigen hacen imprescindible, a mi juicio, que existan diferentes niveles de agregación de la demanda. No obstante, igualmente sería deseable una mayor coordinación entre ellos y una reflexión estratégica sobre el nivel de agregación más deseable en relación con cada prestación. Avanzar en una mayor colaboración, integración e interoperabilidad entre los distintos sistemas habría de constituir un objetivo a lograr.

Las experiencias de centralización de la contratación en el ámbito local son mucho más recientes que las iniciativas instauradas por Administraciones

97. *Vid.* nota 95.

de mayor tamaño. El derecho español ha respetado escrupulosamente la autonomía local, de tal forma que, tratándose de una decisión de innegable alcance organizativo, es el ente local el que decide adherirse o no a los sistemas de centralización de compras externos. Desde esta perspectiva, son múltiples las posibilidades que pueden ofrecerse: desde la adhesión al sistema estatal de adquisición centralizada hasta al que cree la diputación provincial, pasando, entre otros, por los ofrecidos por las asociaciones de entes locales o por las Administraciones autonómicas.

Desde una perspectiva general, a partir de los limitados datos que han podido recopilarse en la elaboración de este estudio, la actividad que las centrales estatales y autonómicas realizan por cuenta de las entidades locales no resulta muy significativa, lo que puede explicarse en base a que estos sistemas tienden especialmente a la racionalización de las propias contrataciones que se realizan en el ámbito de la organización que crea la central de contratación. En lo que a experiencias colaborativas más genuinas se refiere, la reforma del régimen local del año 2013 ha incidido en la regulación de las centrales de contratación, de manera algo incoherente, pues a la vez que la prestación de central de contratación –en municipios de menos de 20 000 habitantes– se configura como una competencia provincial propia, se permite que las asociaciones de entes locales –estatal y autonómicas– puedan crear su propia central. Los efectos prácticos de esta norma están aún por analizar, pero en una primera aproximación, ni se ha incrementado notablemente el número de las centrales provinciales creadas, ni parece haberse potenciado su actividad, mientras que la actividad de las distintas centrales de asociaciones de entes de municipios que se han creado resulta igualmente dispar. En todo caso, existen también algunos solapamientos difíciles de explicar desde una perspectiva de estricta racionalidad.

Finalmente, la aplicación del derecho de la Unión Europea debiera, a nuestro juicio, corregir ciertas inercias que se están produciendo en la práctica e incrementar el nivel de colaboración entre las propias centrales y los entes destinatarios de cada prestación. Aspecto este que, al margen de lo jurídico, en la práctica resulta esencial para el éxito en las adhesiones por parte de entes externos a la propia central.

QDL50

II.

Otros estudios

El Real Decreto 424/17. Reenfoque del control interno. ¿El gran salto adelante del control financiero?

ANTONIO MUÑOZ JUNCOSA

Doctor en Derecho.

Profesor asociado de Hacienda Pública (UB).

Interventor general del Ayuntamiento de Barcelona

1. Necesidad de adaptación de las técnicas de control
2. Concepto de control financiero
3. La introducción del control financiero por la Ley General Presupuestaria de 1977 y su evolución hasta el Real Decreto 2188/1995
4. El Real Decreto 2188/1995 y su equivalente local, el Real Decreto 424/2017
5. El control financiero, justificación y críticas
 - 5.1. La huida del derecho administrativo
 - 5.2. La Nueva Gestión Pública
 - 5.3. El cuestionamiento de la función interventora
6. Regulación en la Ley 47/2003. El control financiero permanente
7. El control financiero en las corporaciones locales
 - 7.1. Primera regulación. El Real Decreto Legislativo 781/1986
 - 7.2. La Ley Reguladora de las Haciendas Locales
8. La función de control financiero en el Real Decreto 424/2017
9. ¿Sustituirá el control financiero a la función interventora?
10. La necesidad de abordar el control como una obligación global de la organización, no solo de los órganos de control
11. ¿La constante disminución de la fiscalización previa se debe frenar o continuar?

Artículo recibido el 09/05/2019; aceptado el 21/06/2019.

Resumen

La evolución del denominado Estado del bienestar hizo surgir una nueva visión sobre la forma de gestión de los asuntos públicos, que necesitó, en paralelo, una revisión de los sistemas de control de las finanzas públicas. En nuestro país esta revisión se inició con la introducción por la Ley General Presupuestaria de 1977 de una nueva técnica que en unos casos venía a completar la función interventora, y en otros a llenar los huecos que esta dejaba. La Ley General Presupuestaria tardó 17 años en ser completada por un desarrollo reglamentario del control interno, el Real Decreto 2188/1995, y 22 años más han sido necesarios para que una norma reglamentaria complete la regulación de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, posteriormente refundida en el Real Decreto Legislativo 2/2004. Este desarrollo reglamentario, el Real Decreto 424/2017, de 28 de abril, por el que se regula el régimen jurídico del control interno en las entidades del sector público local, es el objeto del trabajo, y cómo, a nuestro juicio, marcará la evolución del control interno de los entes locales.

Palabras clave: *interventor; control interno; función interventora; control financiero; compliance.*

Royal Decree 424/2017, of 24 April. Rethinking the internal control. A leap-forward in the financial control

Abstract

The evolution of the welfare state brought a new way to understand the management of public affairs as well as a revision of the control of public finances.

In Spain, this new understanding began with the 1977 General Budgetary Law which introduced a new framework.

This Law was completed after 17 years when the Royal Decree 2188/1995 developed its provisions and, 22 years after, came the regulatory development of Law 28/1988, of 28 December, which was then recasted in Royal Legislative Decree 2/2004.

This last regulatory development -Royal Decree 424/2017, of 28 April- addresses the legal framework of the internal control of local entities. The article focuses on this new regulation which will be key for the evolution of the internal control of local entities.

Keywords: financial controller; internal control; compliance.

Mediante el Real Decreto 424/2017, que entró en vigor el 1 de julio de 2018, se regula por primera vez de una forma global el régimen de control y de fiscalización de las entidades locales.

Entre sus novedades cabe reseñar la concreción del contenido de las funciones interventora y de control financiero, lo que afecta al modo de ejercicio del control interno, puesto que la concreción de funciones implica no solo su regulación, sino también su deslinde.

El origen de la nueva regulación es la Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que dio una nueva redacción a los preceptos sobre fiscalización y control de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. En su preámbulo se refiere a que «[p]ara lograr un control económico-presupuestario más riguroso, se refuerza el papel de la función interventora en las entidades locales».

En el párrafo 2 del nuevo artículo 213 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, en adelante TRLRHL, introducido por la Ley 27/2013, encontramos la concreción del enunciado anterior.

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.

El Real Decreto 424/2017 dedica íntegramente el Título III a la regulación del control financiero, y consta de cuatro capítulos.

1

Necesidad de adaptación de las técnicas de control

El sector público actual tiene muy poco que ver no ya solo con el del principio de siglo pasado y con aquel que existía en el momento de crearse las intervenciones estatal y local, sino también con el existente en el momento de aprobación, todavía por las Cortes del régimen político anterior al actual constitucional, de la Ley General Presupuestaria en 1977.

Hasta entonces el control interno en las Administraciones públicas españolas se había concretado, en exclusiva, en la función interventora. Los cambios experimentados en la sociedad y la Administración hicieron que fuera comúnmente sentida la necesidad de una renovación en los sistemas de control en la Administración pública, como consecuencia de una Administración cada vez

más activa en la vida económica y con mayores prestaciones a los ciudadanos, empezando por un sistema de seguridad social ya bastante amplio¹.

Estos cambios aconsejan al legislador afrontar el control de la actividad administrativa con una visión más amplia y sin desdeñar la inclusión en la legislación de metodologías de control, hasta entonces, ajenas al campo de lo público², y cuyas técnicas acaban influyendo también en la función interventora³.

FUENTES VEGA expuso la necesidad de adaptación de los sistemas de control, al constatar que el control de legalidad era el único que se exigía con regularidad, pero la ampliación del campo de las actividades públicas y la limitación de los recursos que el sector público maneja, requerían un control que ayudase a una gestión racional y eficaz⁴.

MIAJA FOL pone de manifiesto cómo la Hacienda española de finales del XIX era la propia de un Estado liberal no intervencionista, por lo que hasta bien entrado el siglo XX los gastos del Estado en España se mantuvieron a niveles inferiores al 10 % del PIB⁵.

1. Juntamente con las normas relativas al control económico-financiero de la actividad estatal, en paralelo, las normas de control de la Seguridad Social venían reguladas en el Decreto 3336/1968, de 26 de diciembre (Presidencia), por el que se regula el procedimiento con arreglo al cual habrán de llevarse, intervenir y rendirse las cuentas y balances de la seguridad social.

El Decreto se dictó en desarrollo del artículo quinto de la Ley de Seguridad Social de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y seis, y contenía unas muy escasas normas de control y fiscalización, que se revelaban insuficientes para la dimensión tanto de recursos como de prestaciones que en aquel momento ya había tomado el sistema de Seguridad Social. Fue uno de los elementos que exigieron una revisión de los sistemas de control imperantes en España hasta ese momento.

2. HERRERO SUAZO, Santiago, «Origen normativo del control financiero público en España y otras cuestiones: una experiencia profesional», *Interventores y Auditores del Estado*, n.º 1, 2010, p. 10: «Además las modernas corrientes hacendísticas en materia de imposición y presupuestación pedían insistentemente un mayor control de las cifras de la Seguridad Social. El debate, aunque al final logró un relativo éxito, se salió de los cauces normales que dicha Ley pretendía llegando a provocar la dimisión del ministro del ramo correspondiente. Otra materia que a nuestros efectos interesa, es la relativa al control. Así junto al tradicional control que se contiene en la función interventora, se consideró conveniente ampliar el mismo hacia otros controles que en la esfera privada ya estaban o se intentaban implantar, como eran los controles financiero y de eficacia».

3. Díez ZURRO, Alicia, «El control interno», *Revista española de control externo*, n.º 10, 2002, p. 37.

4. FUENTES VEGA puso de manifiesto esta necesidad de adaptación de los sistemas de control, señalando que el control de legalidad es indudablemente el más conocido, el mejor estructurado y prácticamente el único que hoy se exige con regularidad. Como consecuencia de la ampliación del campo de las actividades públicas y de la clara conciencia de la escasez y limitación de los recursos que el sector público maneja, es cómo se plantea la necesidad de una gestión racional y eficaz. FUENTES VEGA, Santiago, *Realidad y racionalidad en el control del sector público*, Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, p. 16.

5. Como señala MIAJA FOL, «[L]a Hacienda española de 1870 era la propia de un estado liberal que limita su propia actividad económica al suministro de bienes públicos puros, como policía, justicia o defensa, y a construir y mantener una infraestructura de transportes y comu-

Los cambios hicieron que el proceso de adaptación a la nueva realidad fuera inevitable. Como señala DÍAZ ZURRO, esta evolución de la actividad pública exigía un replanteamiento del control⁶. El punto de inflexión se produce con la aprobación de la Ley 11/1977, de 4 de enero⁷, General Presupuestaria (LGP), que introduce, por primera vez en nuestro ordenamiento, una forma de control interno diferente a la función interventora, el control financiero, coexistiendo desde entonces ambas formas de control⁸.

2

Concepto de control financiero

PASCUAL GARCÍA define el control financiero, una comprobación *a posteriori* encaminada a verificar si la gestión económico-financiera de los entes públicos se ha adecuado a los principios de legalidad, eficiencia, eficacia y economía⁹.

Queda así el control interno apoyado en dos bases: función interventora y control financiero¹⁰.

Las principales consecuencias de la introducción del control financiero fueron, tanto la ampliación del ámbito subjetivo hacia entes hasta donde antes

nicaciones. Hasta bien entrado el siglo XX, los gastos del Estado en España se mantuvieron a niveles inferiores al 10 % del PIB, con una composición cualitativa en la que el servicio de la deuda, defensa y servicios generales absorbían en torno al 70 % del gasto, mientras que a servicios económicos se destinaba alrededor de un 10 %; educación evolucionó desde un 1 %, en el periodo entre 1850 y 1886, hasta un 4 % entre 1907 y 1923; y el gasto sanitario era inexistente». MIAJA FOL, Miguel, «Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, n.º 286-287, 2010, p. 211.

6. DÍAZ ZURRO, Alicia, «Evolución del control de la actividad económico-financiera del sector público», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 35, 2004, p. 234.

7. Como afirma FUENTES VEGA, en España, en la década de los 70, se produce el movimiento de exigencia en la gestión pública que tuvo lugar las décadas anteriores en los países desarrollados. *Vid.* FUENTES VEGA, Santiago, «El Real Decreto 2188/95, de 28 de diciembre, de control interno a ejercer por la IGAE», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 18, 1996, p. 163.

8. En este sentido LÓPEZ ZURRO afirma que «[l]a promulgación de la Ley General Presupuestaria en 1977, permitió por primera vez establecer un modelo de control que se ha dado en denominar “dual”, pues junto al tradicional control a través de la función interventora, se configura una nueva modalidad, el control financiero, que se ejerce *a posteriori* de la actividad sujeta a control», en LÓPEZ ZURRO, Alicia, *El presente y el futuro del control del gasto público en la Administración del Estado. Seminario sobre el control del gasto público en el ámbito del Ministerio de Defensa*, 2004, p. 14.

9. PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico del gasto público*, BOE, 6.ª edición, 2014, p. 964.

10. Sólidos pilares del control los denomina VELARDE. VELARDE FUERTES, Juan, «La transparencia de las Leyes Generales Presupuestarias como elemento esencial para el control externo de los ingresos y gastos de la Administración Pública», *Revista Española de Control Externo*, n.º 29, 2008, p. 76.

no llegaba, como, desde el punto de vista con que afrontar el control interno, la de las Administraciones y sus entes dependientes.

Como señala FERREIRO¹¹, el control financiero coincide con la función interventora en que implica un control general y continuo, pero a diferencia de este no es de cada acto en particular, sino de la situación y funcionamiento general del ente público del que se trate. RUBIO y ARNAL lo conciben como un modo más de fiscalización¹².

De acuerdo con la LGP vigente y con la Resolución de 30 de julio de 2015 de la IGAE, el control financiero permanente en el sector público estatal se define como la modalidad de control interno que tiene por objeto, por un lado, *comprobar de forma continuada que su funcionamiento, en el aspecto económico-financiero, se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión financiera*, y por otro, y en esto se diferencia de la función interventora, formular aquellas recomendaciones, en los aspectos económico, financiero, patrimonial, presupuestario, contable, organizativo y procedimental, y sobre los sistemas informáticos de gestión, que permitan corregir las actuaciones que deban serlo, *para promover la mejora de las técnicas y procedimientos de gestión económico-financiera*¹³.

El control financiero también se introdujo en las legislaciones autonómicas, por asimilación al modelo estatal. Por contra, como posteriormente veremos, su caminar ha sido mucho más vacilante en el mundo local.

3

La introducción del control financiero por la Ley General Presupuestaria de 1977 y su evolución hasta el Real Decreto 2188/1995

El artículo 17 de la LGP de 1977, en su apartado 1, atribuyó por primera vez a la IGAE el ejercicio de este control financiero, previsto para comprobar el funcionamiento de los servicios, organismos autónomos y sociedades estatales en el aspecto económico-financiero.

11. FERREIRO LAPATZA, José Juan, *Curso de derecho financiero español: instituciones*, Marcial Pons, 25.^a edición, 2006, p. 230.

12. RUBIO DE URQUÍA, José Ignacio, y ARNAL SURÍA, Salvador, *La Ley reguladora de las haciendas locales*, El Consultor, 1989, p. 771.

13. Según MEDINA, el artículo 33 de la CE también es un mandato al control interno. MEDINA GUIJARRO, Javier, «Presente y futuro del enjuiciamiento contable del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, n.º 1, 1999, p. 125.

En su apartado 2, además, introdujo otro nuevo concepto, el de control de eficacia, que se ha de ejercer mediante el análisis coste-beneficio, y del cumplimiento de los objetivos de los programas¹⁴.

Se establece, por tanto, con la LGP una nueva modalidad de control interno, cuyas principales diferencias con la tradicional función interventora son las siguientes:

- i. Desde el punto de vista subjetivo se amplía enormemente el campo de actuación, pues puede aplicarse no solo a todos aquellos entes que formen parte del sector público, a diferencia de la función interventora, circunscrita estrictamente al sector administrativo, sino que también, en algunos casos, como p. ej. en el control financiero de las subvenciones, se extiende a aquellas personas privadas, ajenas a las Administraciones, que hayan resultado beneficiarias de la subvención, y como consecuencia de estos fondos recibidos entran dentro del campo de acción del control financiero¹⁵.
- ii. No se limita exclusivamente a aspectos legales, como había sido tradicional en el control interno ejercido en exclusiva a través de la función interventora. El control financiero tiene por objeto comprobar que la actuación económico-financiera del ente controlado se ajusta al ordenamiento jurídico, pero también a los principios generales de buena gestión financiera. Esta singularidad implica la necesidad de ejercerlo *a posteriori*, frente a la finalidad preventiva de aseguramiento de la legalidad, propia de la función interventora y, en consecuencia, previa.
- iii. Su objeto es básicamente el análisis del funcionamiento económico-financiero del ente objeto de la revisión, incluyendo por primera vez en la historia de control interno el concepto de análisis de eficacia y de economía y eficiencia (análisis coste-beneficio). Esta finalidad del control financiero, en consecuencia, incluye también promover

14. «1. El control de carácter financiero se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado, de conformidad con lo prevenido en cada caso, respecto a los servicios, organismos autónomos, sociedades y demás entes públicos estatales, cualquiera que sea su denominación y forma jurídica, para comprobar su funcionamiento en el aspecto económico-financiero y conforme a las disposiciones y directrices que les rijan. 2. El preceptivo control de eficacia se ejercerá mediante análisis del coste de funcionamiento y del rendimiento o utilidad de los respectivos servicios o inversiones, así como del cumplimiento de los objetivos de los correspondientes programas».

15. El artículo 44 LGS establece que «[e]l control financiero de subvenciones se ejercerá respecto de beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras por razón de las subvenciones de la Administración General del Estado y organismos y entidades vinculadas o dependientes de aquella, otorgadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado o a los fondos de la Unión Europea».

la mejora de las técnicas y los procedimientos de gestión económico-financiera de los distintos entes integrantes del sector público. Claramente lo refleja el artículo 34-3 del Real Decreto 2188/95 cuando afirma que la finalidad del control financiero es promover la mejora de las técnicas y los procedimientos de gestión económico-financiera, a través de las propuestas que se deduzcan de los resultados del control, pues de estos informes de control se puede extraer información que permita una mejor aplicación de los principios de eficiencia y economía en la programación y ejecución del gasto público.

Para ello se requerirá, en todo caso, la emisión de informe por parte de la Intervención, exponiendo los resultados del control y las propuestas de mejora, a diferencia de la función interventora, que cuando es de conformidad, es suficiente con la mera firma del documento contable, sin mayores explicaciones. Este objeto hace que el control financiero se ejerza siempre *a posteriori*. Con esto, para DÍAZ ZURRO, se complementa el sistema de control¹⁶.

Como resumen de las características del control financiero, RODRÍGUEZ CASTAÑO destaca que la nota que caracteriza al control financiero, como elemento dentro del control interno y frente a la función interventora, viene determinada, en primer lugar, por el momento en que se realiza en relación con la actividad controlada. El control financiero no se realiza, como la función interventora, *a priori*, ni antes de que el acto concreto con contenido económico produzca sus efectos, y, por tanto, nunca puede tener efectos suspensivos, al ser posterior.

La segunda de las notas caracterizadoras del control financiero frente a la función interventora está en los fines que se persiguen, pues el control financiero revisa el sometimiento de la actividad económico-financiera, además de a la legalidad, a los principios de eficacia, eficiencia y economía, con la finalidad última de promover la mejora de las técnicas y los procedimientos de gestión económico-financiera a través de las propuestas que se deduzcan de los resultados del mismo.

Por último, por lo que hace referencia a la forma de ejercicio del control financiero, se concreta mediante la emisión de informes, los cuales pueden tener carácter periódico, en el caso del control financiero permanente, que será ejercido mediante la emisión de informes periódicos o puntuales, y de carácter parcial o general, y también por medio de auditorías periódicas anuales¹⁷.

16. DÍAZ ZURRO, Alicia, «Evolución del control de la actividad económico-financiera del sector público», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 35, 2004, p. 234.

17. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón, «Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público», *Revista Española de Control Externo*, 2005, vol. 7, p. 145.

Por su parte, el artículo 18 reguló el control financiero aplicable a las sociedades, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones, créditos, avales y demás ayudas provenientes del Estado y sus organismos autónomos.

Esta regulación, aunque parca, inicia una nueva orientación en el control interno en España¹⁸, siguiendo una corriente que ya se había iniciado en otros países, derivada de la importantísima extensión del sector público que en los países occidentales había comenzado tras el final de la 2.ª Guerra Mundial¹⁹.

Nacen así el control financiero y el control de eficacia, cuya introducción legal marca el inicio de un cambio en la regulación de la Hacienda pública española, con la modificación del tradicional concepto de control previo, centrado exclusivamente en el control de legalidad, y el establecimiento del control de carácter financiero y del control de eficacia.

A partir de su establecimiento, como posteriormente veremos, se produce una rápida evolución y producción normativa, tanto legal como reglamentaria, de una extraordinaria rapidez²⁰.

Es importante destacar el gran cambio que implica pasar de un sistema de control basado en la simple firma de un documento, en el caso de considerarse correcto, o en todo caso un informe ceñido al acto concreto para impedir su tramitación, y siempre de manera previa, a un control en el que este se concreta en un informe efectuado *a posteriori*, en el que se señalan los defectos jurídicos, contables, e incluso de gestión encontrados.

No es menor, tampoco, la enorme ampliación subjetiva realizada, y que se extiende a entes no acostumbrados, hasta entonces, a un control al margen del que las Administraciones ejercían a través de su dominio de los órganos de dirección de las entidades²¹.

18. PASCUAL GARCÍA, José, *Régimen jurídico del gasto público*, BOE, 4.ª edición, 2005, p. 831: «El control financiero fue introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1971, si bien su regulación, contenida en solo dos artículos, resultaba insuficiente para definir el modelo. Han sido la práctica administrativa y las aportaciones doctrinales las que han ido perfilando el nuevo sistema de control, que en la actualidad se regula en los artículos 157 a 161 LGP con unos caracteres bastante definidos no solo respecto de la función interventora sino también respecto de la auditoría pública».

19. Ver CAAMAÑO ALEGRE, José, «¿Hasta qué punto conviene mantener una función interventora dependiente del Ministerio de Hacienda? Evolución reciente y análisis bajo un prisma de Gestión Pública», *Auditoría Pública*, n.º 38, p. 65.

20. BLASCO LANG, José Juan, «El control financiero y la auditoría pública en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, n.º 18, 2004, vol. 6, p. 170: «Durante este periodo, la Ley General Presupuestaria de 1977 y el Texto Refundido de la Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, han configurado el entramado normativo que, en proceso de permanente revisión, por razón de la coyuntura del momento político o por la experiencia presupuestaria, han constituido el marco de referencia permanente de todos los agentes implicados en el proceso presupuestario».

21. BLASCO LANG, José Juan, «El control financiero y la auditoría pública en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, n.º 18, 2004, vol. 6, p. 171:

Este nuevo modo de actuar no solo requiere una adaptación por parte de la Intervención; también el gestor, a quien en algunos casos le resultaba cómodo el tener un interventor que le dijera sí o no a sus propuestas de gestión, ahora ha de decidir por sí mismo si puede o no hacer una determinada actuación²². Es en resumen un importante cambio de mentalidad de una Administración, con cultura de control previo que constriñe, pero donde la posible crítica no trasciende fuera del organismo, a un sistema que otorga confianza al gestor, pero en el que se obliga a este a un autocontrol; en resumen, una cultura de control posterior, con más libertad para los órganos gestores, pero sometida a una evaluación contenida en un informe que sí trasciende. En todo caso, ante circunstancias de gestión cambiantes, los sistemas de control no pueden permanecer inmutables en el tiempo, sino que, ante una realidad cambiante, se han de adaptar, si no quieren quedar esclerotizados²³.

La aceptación por el legislador de formas alternativas de control responde, es indudable, a la necesidad de afrontar mayores y distintas formas de actividad del sector público, pero tampoco se puede negar que es consecuencia de un cierto estado de opinión doctrinal favorable a, como mínimo, entronizar formas de control más flexible y llevado a cabo exclusivamente *a posteriori*. Es difícil deducir si en los primeros pasos del control financiero hay más ganas de reducir la función interventora que de mejorar las técnicas de control.

«Por un lado, la ampliación del ámbito subjetivo que va a ser objeto de control, toda vez que se ha superado el tradicional concepto de Hacienda Pública estatal para concluir con el concepto más extenso de sector público estatal (artículos 1 y 2 LGP), que permite anclar en las modalidades de control que se exponen en este documento a todo género de organismos, entes o instituciones, cualquiera que sea su naturaleza y génesis administrativa. La necesaria adaptación del control a la multiformidad administrativa en España exige soluciones flexibles como las que propone la nueva Ley (artículo 143 LGP)».

22. CAAMAÑO ALEGRE, José, «¿Hasta qué punto conviene mantener una función interventora dependiente del Ministerio de Hacienda? Evolución reciente y análisis bajo un prisma de Gestión Pública», *Auditoría Pública*, n.º 38, 2006, p. 76. CAAMAÑO resalta el miedo a la toma de decisiones por parte de algunos gestores, que él ve como consecuencia de una cultura burocrática. En su opinión, «[a] esta cultura burocrática corresponde la tradicional formación jurídica de gestores e interventores, así como la aversión al riesgo de tantos gestores públicos, que no se atreverían a tomar ciertas decisiones si no contasen con el “aval” del interventor».

23. PÉREZ PÉREZ, José Alberto, «Perspectivas para un modelo de auditoría única en España. Experiencias recientes», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 50, 2008, p. 87: «El control de la actividad económico-financiera del sector público no puede ser ajeno a los cambios que experimenta la realidad sobre la que recae. De esta forma, en la medida en que la realidad económico-financiera se mueva y se oriente hacia la consecución de determinados objetivos o adopte nuevas formas, es preciso que el control que recae sobre la misma esté suficientemente preparado para amoldarse al objeto sobre el que se ejerce. En definitiva, los objetivos, la tendencia por la que debe evolucionar el control de la actividad económica del sector público debe ser similar a la tendencia, a los objetivos que se deben perseguir en la actividad económico-financiera pública».

En el ámbito local, la apertura de las formas de control también fue recibida como una forma que permitiría facilitar una renovación de la legislación que había quedado obsoleta²⁴.

Los redactores de la LGP asumen esta corriente doctrinal, que tiende a aceptar como axioma la rigidez de la función interventora²⁵.

En este caldo de cultivo, la nueva concepción del control prevista en la LGP, tanto por proximidad en el tiempo de los debates en las Cortes Constituyentes como por la novedad conceptual y un deseo de modernización administrativa, no fue ajena a los constituyentes.

Así, el artículo 31 establece que el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficacia y economía, mientras que el artículo 103 señala que la Administración pública ha de servir con objetividad a los intereses generales, actuando de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y sometimiento pleno a la ley y al derecho.

A partir de la incipiente y limitada definición del control de la Ley 11/1977, y sentados los fundamentos constitucionales del mismo, se inicia en el sector público estatal un proceso paulatino de concreción del concepto de control financiero y de eficacia, y se fueron estableciendo las formas para su implementación, las cuales han ido evolucionando en la medida en que el peso del sector público se ha incrementado respecto del conjunto de la economía en general, se ha modernizado la Administración pública y se han mejorado las técnicas contables, presupuestarias y de control interno, asemejándose a las imperantes en el sector privado²⁶.

24. TRULLÀS FLOTATS, Josep, «La auditoría de las Haciendas locales», *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, n.º 31, 1980, pp. 171-184.

25. En la Exposición de Motivos de la LGP se trasluce esta concepción, cuando afirma que «[l]a función interventora de la Administración general y autónoma del Estado queda regulada en el título tercero de la Ley, que se limita a extraer del ordenamiento jurídico vigente los aspectos más sobresalientes, al mismo tiempo que define sus distintas modalidades, procurando en todo momento su sistematización y apuntando las vías de posterior desarrollo o ampliación respecto de determinados organismos autónomos de aquel. Con la flexibilidad que debe caracterizarse el control de las actividades industriales, comerciales o financieras a cargo de tales organismos, se sustituye la intervención previa o crítica por procedimientos de auditoría, a no ser que aquellas, se realicen en base de dotaciones presupuestarias de carácter limitativo».

26. Según BLASCO LANG, durante este período, la Ley General Presupuestaria de 1977 y el Texto Refundido de la Ley, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, han configurado el entramado normativo que, en proceso de permanente revisión, por razón de la coyuntura del momento político o por la experiencia presupuestaria, ha constituido el marco de referencia permanente de todos los agentes implicados en el proceso presupuestario. BLASCO LANG, José Juan, «El control financiero y la auditoría pública en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, n.º 18, 2004, vol. 6, p. 170.

El primer desarrollo fue el contenido en el Real Decreto 1124/78. Curiosamente, aunque el control financiero se encomendaba a la IGAE, este control, si bien bajo dicha dirección, no se llevaba a cabo exclusivamente con interventores, sino que, respecto de los servicios, organismos autónomos y sociedades estatales, se hacía con interventores para el ejercicio del control financiero en las sociedades estatales, y si estaban organizadas bajo la forma jurídica de sociedad anónima, se llevaba a cabo una acción conjunta, coordinada, eso sí, por la IGAE, entre los funcionarios del Cuerpo de Intervención y Contabilidad y del de Inspectores Financieros y Tributarios. Por contra, si el control financiero afectaba a particulares, la actuación se tenía que realizar por los funcionarios del Cuerpo de Inspectores Financieros y Tributarios que, a petición de la IGAE, designara la Dirección General de Inspección Tributaria²⁷.

La evolución legislativa del control financiero y de eficacia se inicia, como hemos señalado, con la entrada en vigor de LGP en su versión inicial. Posteriormente se dicta el Real Decreto 1124/1978, de 12 de mayo, que nace como una instrucción provisional en tanto no se aprobara el Reglamento de la Ley General Presupuestaria, Reglamento que nunca se ha llegado a desarrollar.

La victoria, por primera vez en unas elecciones desde la guerra civil, del PSOE, dará un nuevo impulso normativo al control financiero, y la disposición adicional undécima de la Ley 9/1983, de 13 de julio, de Presupuestos Generales del Estado, que fueron sus primeros presentados, incluyó el sometimiento al control financiero de entes públicos estatales. En sus segundos Presupuestos Generales del Estado se incluyó la disposición adicional decimoquinta de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984, que determinaba que la IGAE elaboraría un plan anual de auditorías²⁸. En 1983 la IGAE aprobó también las primeras Normas de Auditoría del Sector Público.

Esta intensa producción normativa, junto a otras modificaciones de regulación presupuestaria de calado, que prácticamente cada año se recogían en la

27. Para ampliar, ver HERRERO SUAZO, Santiago, «Origen normativo del control financiero público en España y otras cuestiones: una experiencia profesional», *op. cit.*, pp. 25 y 26.

28. La Ley de Presupuestos para 1984 estableció que la IGAE debería elaborar anualmente un Plan de Auditorías en el que se irían incluyendo la totalidad de los sujetos que forman parte del sector público. En esa misma Ley también se estableció la posibilidad de que, para poder ejecutar ese Plan, la Intervención General pudiera recabar la colaboración de firmas privadas. Inicialmente el contenido del Plan se centró en auditorías financieras y de cumplimiento; a partir del Plan de Auditorías de 1986 se incluyeron en el mismo las auditorías de sistemas y procedimientos, que, como veremos posteriormente, tienen por objeto directo proponer mejoras en la gestión, derivadas de las conclusiones del trabajo realizado.

Ley de Presupuestos, hicieron necesaria una refundición de las disposiciones legales vigentes en materia presupuestaria.

Las anteriormente citadas disposiciones se integraron en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, adquiriendo así rango legal, aunque no estabilidad, ya que enseguida fue modificado por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social.

La Ley de Presupuestos Generales de 1989 dio un nuevo paso adelante, al eliminar el régimen mixto de control que inicialmente se había establecido para los organismos autónomos industriales, comerciales y financieros, en su artículo 100 b) (único lugar donde por cierto la LGP en su redacción original había empleado el término «auditoría» como técnica de control de sus operaciones estimativas), sometiéndolos a control financiero permanente, lo que implicaba la existencia de una intervención delegada, como único sistema.

No obstante estos avances, era necesario dar mayor cuerpo normativo a estos cambios. BLASCO LANG criticaba que, cuando las legislaciones quedan obsoletas, puede producirse un enfrentamiento entre los principios de legalidad y de eficiencia, entorpeciendo la adecuada gestión pública.

Cuando escribe esto, en 1985, constata que en la situación de entonces una gran parte de la normativa de carácter económico-financiero había quedado anticuada, al no haberse adaptado con suficiente flexibilidad a los cambios sociales y económicos que habían acontecido en los años anteriores, lo que dificultó enormemente la práctica del control por las instituciones encargadas del mismo²⁹.

Estas razones eran, en general, sentidas por los profesionales del control interno, y de ellas también era consciente la propia Administración, que se veía ante la necesidad de una revisión de todo el cuadro normativo regulador de la actividad económico-financiera, que redujera y modernizara el existente en el momento³⁰.

Atendiendo a ello, para afrontar el problema, se dictaron el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre, que desarrolla el régimen de control interno de la Intervención General del Estado, que fue modificado de manera parcial por el Real Decreto 339/1998, de 6 de marzo, y la Circular 1/1999, de 26 de marzo, de la Intervención General del Estado, de Control Financiero.

29. BLASCO LANG, José Juan, «El control de la actividad económico-financiera pública: Especial referencia al sistema de control interno», en Asociación de Censores Letrados y Contables (coord.) y Tribunal de Cuentas. Servicio de Estudios (coord.), *Seminarios 1985*, Tribunal de Cuentas, 1987, p. 80.

30. BLASCO LANG, José Juan, «El control de la actividad económico-financiera pública: Especial referencia al sistema de control interno», *op. cit.*, p. 80.

En 1998 se aprueban las vigentes Normas de Auditoría del Sector Público, así como varias normas técnicas de desarrollo.

Con este Real Decreto el control financiero recibe un tratamiento reglamentario que facilita una consolidación normativa definitiva, ya que, por primera vez, dejando aparte la incompleta y fragmentaria regulación del Real Decreto 1124/1978, se regula el control financiero con un detalle similar al que siempre ha tenido la normativa de la función interventora.

Además, como afirma LAZO, también se debe destacar, en el afianzamiento del control financiero, la creación de la Oficina Nacional de Auditoría (ONA), como órgano especializado y principal ejecutor de los planes de control financiero³¹. Este aspecto también es destacado por Díez ZURRO³².

Las novedades más significativas de este Real Decreto podríamos resumirlas de la siguiente manera:

Se regulan los diferentes tipos de informes a efectuar en el ejercicio del control (provisionales, definitivos, de actuación y anuales) y quiénes han de ser los destinatarios de esos informes (artículos 36, 37 y 38), con carácter general al gestor directo de la actividad controlada. Como destaca FUENTES VEGA, es uno de los principales problemas que tuvo que afrontar el Real Decreto³³.

4

El Real Decreto 2188/1995 y su equivalente local, el Real Decreto 424/2017

Ambos reales decretos comparten, en lo básico, la regulación del ejercicio del control financiero, aunque, lógicamente, están condicionados por las diferentes Administraciones a las que se dirigen.

Cuando los entes destinatarios de los informes estén incluidos en la órbita de dirección, coordinación o competencias de un determinado ministerio, servicio, organismo o ente público, los informes definitivos se remitirán, además, al titular de dicho departamento, servicio, organismo o ente.

En todo caso, se remiten también al secretario de Estado de Presupuestos y Gastos.

31. LAZO VITORIA, Ximena, *El control interno del gasto público estatal*, Tecnos, 2008, p. 226.

32. Díez ZURRO, Alicia, «El control interno», *Revista Española de Control Externo*, n.º 10, 2002, p. 39.

33. FUENTES VEGA, Santiago, «El Real Decreto 2188/95, de 28 de diciembre, de control interno a ejercer por la IGAE», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 18, 1996, p. 169.

El interventor general de la Administración del Estado, por su parte, remite al ministro de Economía y Hacienda los informes que estime necesarios por la naturaleza del trabajo efectuado o de sus conclusiones.

Con el Real Decreto 2188/1995, se crea un marco procedimental para la elaboración y remisión de los informes. Este elemento es de capital importancia, pues el informe es el elemento básico en el que se concreta el ejercicio del control financiero. También se fija el sistema de resolución de las posibles discrepancias producidas entre el gestor y el controlador, como consecuencia de los informes emitidos, de forma análoga al sistema existente para resolver las discrepancias surgidas del ejercicio de la fiscalización previa, estableciendo un procedimiento contradictorio, si bien con la diferencia sustancial de que, al ser un control *a posteriori*, la iniciativa del planteamiento del conflicto ha de corresponder al propio órgano de control (artículo 38). El titular del departamento ha de manifestar al ministro de Economía y Hacienda su conformidad o disconformidad con el contenido del informe, en el plazo máximo de dos meses. Se concluye estableciendo la resolución por el Consejo de Ministros de las discrepancias que pudieran presentarse entre la Intervención General y el órgano gestor, sobre las actuaciones a emprender para corregir las deficiencias detectadas.

En primer lugar, limitado el Real Decreto local por la dicción del artículo 213 del TRLRHL, agrupa dentro del control financiero el denominado control permanente, control financiero a secas en la regulación estatal, y la auditoría de cuentas.

En segundo lugar, el Real Decreto local no hace referencia específica por tipo de entes controlados, como sí hace el estatal.

Por el contrario, el artículo 36, al regular los destinatarios de los informes, establece que el interventor los ha de remitir al gestor directo de la actividad económico-financiera controlada y al presidente de la entidad local, que, a su vez, está obligado a remitirlos al pleno para su conocimiento. Para resaltar la importancia, ha de ser un punto independiente en el orden del día de la sesión plenaria.

También serán enviados a los órganos que prevé el artículo 5.2 cuando en dichos informes se aprecie la existencia de hechos que puedan dar lugar, indiciariamente, a las responsabilidades que en él se describen.

La información contable de las entidades del sector público local y, en su caso, los informes de auditoría de cuentas anuales, deben publicarse en las sedes electrónicas corporativas.

Esta misma información deberá remitirse a la Intervención General de la Administración del Estado, para su integración en el registro de cuentas anuales del sector público regulado en el artículo 136 de la Ley 47/2003, de 26 de

noviembre, General Presupuestaria, de conformidad con las instrucciones que se dicten al respecto.

También se concreta en ambas normas la potestad de acceso a la documentación de los entes sujetos a control, por parte de la Intervención General en el ejercicio de sus funciones, y en el Real Decreto 424/17, artículo 30-5, 6 y 7, sin que haya especiales diferencias. En todo caso se reconoce el derecho de acceso del controlador a toda la documentación del órgano controlado.

Además ambos reales decretos regulan la información que podrá recabar incluso de los auditores privados (disposición adicional 1.^a, que ha sido sustituida por la disposición adicional 3.^a de la LGP), y por último destacaremos que, mientras que para el Estado se regula de manera definitiva el control financiero posterior de carácter permanente de la gestión de derechos e ingresos del Tesoro Público, con lo que se abandona la función interventora en materia de ingresos, no es así en el mundo local, donde no se plantea en exclusividad el control financiero, ya que el artículo 219-4 del TRLRHL da al pleno la opción de elegir entre función interventora o control financiero.

No obstante, esta regulación inicial del control financiero también ha sido criticada por algún sector de la doctrina, como LAZO VITORIA, tanto por lo que considera *deficiente técnica legislativa empleada para su regulación*, como por el hecho de la escasa regulación de la que ha sido objeto, en sus inicios. Aunque no lo cita, consideramos que se refiere al Real Decreto 2188/1995, y critica que el control ha carecido, hasta entonces, de un estatuto legal mínimo, en perjuicio no solo de sus destinatarios, los controladores, sino también de los gestores³⁴.

34. LAZO VITORIA critica que «hasta tiempos muy recientes, el citado control ha carecido de un estatuto legal mínimo, es decir, de un conjunto de normas encargadas de fijar sus objetivos, modalidades y los efectos derivados de su ejercicio. La claridad y adecuada sistematización de las instituciones, especialmente las de nuevo cuño, son requisitos *sine qua non* para su correcta comprensión. Ello no solo desde el punto de vista de sus destinatarios, sino también de los operadores encargados de su aplicación. En realidad, las sucesivas leyes presupuestarias han dedicado una especial atención a la función interventora, la más tradicional y la que, por tanto, plantea menos interrogantes, dejando prácticamente enunciadas el resto de modalidades que conforman esta función». LAZO VITORIA, Ximena, «El modelo de control interno del gasto público estatal. Propuestas de cambio», *Documento de trabajo 156/2010*, Fundación Alternativas, p. 27.

5

El control financiero, justificación y críticas

5.1

La huida del derecho administrativo

La plasmación constitucional de los principios de economía, eficacia y eficiencia, y la instauración legal del control financiero, no solo aplacan el debate doctrinal, control *versus* eficacia, sino que, por el contrario, lo intensifican. Empieza a considerarse la forma tradicional de administración y control, la función interventora, como obsoleta, cuando no una auténtica rémora que impide la implantación de una nueva forma de administrar rápida y eficiente. Incluso comienzan a contraponerse los conceptos eficacia –legalidad, considerándose que la consecución de los objetivos prefijados subsana la violación de los cauces procedimentales y legales, que, en el fondo, no dejan de ser un obstáculo. Como señala PALAO, el legislador no tardó en acoger la crítica e iniciar una expansión del control financiero, por considerarlo más ágil que la función interventora. Para PALAO TABOADA, si la «existencia de la fiscalización previa tiene su justificación en la conveniencia de advertir los vicios de los actos administrativos antes de que estos se dicten, las críticas los retrasos que produce en la actividad administrativa, hallaron eco en el legislador con la Ley de Presupuestos para 1983»³⁵.

Se inicia de esta manera una tensión dialéctica, fruto, en buena medida, no solo de las funciones que tiene encomendadas la Intervención en sus manifestaciones clásicas, sino también de la contraposición de las culturas de lo público y lo privado en las técnicas de gestión. Y así, desde una posición de «legalidad» versus «eficacia», se llega a plantear que más que la acción jurí-

35. Para PALAO TABOADA «la existencia de la fiscalización previa tiene su justificación en la conveniencia de advertir los vicios de los actos administrativos antes de que estos se dicten y comiencen a producir efectos. Sin embargo, la extensión con que, como hemos visto, está concebida y los retrasos que produce en la actividad administrativa, entre otras razones, han dado motivo a ciertas críticas a esta modalidad de control, sugiriéndose por algunos autores que el control interno de legalidad se lleve a cabo *a posteriori* o por medio de muestreo o se limite a los actos de mayor importancia. Estas críticas han hallado eco en el legislador, pues, en efecto, la Ley de Presupuestos para 1983 (Disposición Adicional 11a.1) disponía “con el fin de conseguir mayor agilización en los procedimientos de gastos o ingresos de la Hacienda Pública”, que la función interventora podrá ejercerse aplicando técnicas de muestreo. Y completando este precepto la Ley de Presupuestos para 1984 (Disposición Adicional 15.2) ordena a la Intervención General que determine los actos, documentos o expedientes a los que se aplicaron dichas técnicas, y como los procedimientos de selección, identificación y tratamiento de la muestra, “de manera que se garantice la fiabilidad y la objetividad de la información”». PALAO TABOADA, Carlos, *Derecho Financiero y Tributario*, Colex, 1987, p. 143.

dicamente correcta importa su gestión eficaz, sus resultados. Y muy a menudo se reprocha a los órganos de control interno que su tarea de fiscalización y control de la sumisión de toda acción financiera a la legalidad entorpece una gestión ágil y eficaz, no solo del gasto público, sino del servicio mismo, al someterlo a unas normas excesivamente rígidas, incompatibles con una acción rápida y eficaz.

A partir de aquí comienza un discurso doctrinal, tendente a permitir a la Administración pública gestionar su presupuesto por medio de entes de naturaleza privada, que permitan huir de los engorrosos procedimientos administrativos y, desde luego, zafarse hábilmente de la «entorpecedora» legislación de la contratación pública. Es lo que se conoce habitualmente como «huida del derecho administrativo», «huida hacia el derecho privado» y «huida del presupuesto»³⁶.

No obstante, PASCUAL GARCÍA matiza que desde el punto de vista del derecho financiero no se produce una huida del control, sino una atenuación³⁷.

Esta tendencia centrífuga ha sido denunciada constantemente por distintos administrativistas. GARCÍA DE ENTERRÍA se ha mostrado singularmente crítico, llegando a afirmar lo siguiente:

Parece, pues, algo más que un recelo concluir que, so pretexto de «flexibilizar» la acción administrativo, se está articulando una acción deli-

36. PASCUAL GARCÍA, José, «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 60, 2010, p. 125: «En los últimos años puede apreciarse en el Derecho financiero un tránsito en el que el epicentro se desplaza desde el concepto de Hacienda Pública, al de sector público, y desde el concepto de gasto o ingreso público al de actividad económico-financiera del sector público, de consecuencias imprevisibles. En el nuevo régimen se está perdiendo la unidad que ha caracterizado al ordenamiento presupuestario hasta fechas recientes. La configuración de sus instituciones cardinales (Presupuesto, Contabilidad, Tesoro Público, Estabilidad presupuestaria y Control interno) es ambivalente, de manera que presentan una modalidad rígida, aplicable a las entidades que forman parte de la Hacienda Pública y otra más flexible, aplicable a las entidades de los sectores empresarial y fundacional. La línea divisoria entre unas y otras entidades no siempre responde a unos criterios coherentes con la naturaleza de sus actividades y forma de financiación: numerosas entidades del sector administrativo se acogen a la modalidad segunda en todas o en alguna de las vertientes de su actividad económico-financiera. Paralelamente, estas entidades abandonan frecuentemente el Derecho administrativo para regirse por el derecho privado. En otras ocasiones entidades que se integran en la Hacienda Pública se valen para la realización de obras y servicios públicos de entidades instrumentales que se rigen por el derecho privado y que se sitúan, no ya fuera de la Hacienda Pública, sino incluso del sector público administrativo. Todo ello da como resultado que la a huida del Derecho Administrativo, LGP, Ley vertebradora del ordenamiento presupuestario estatal y paradigma del autonómico y local, esté derivando, de hecho, a regular unas instituciones hacendísticas tipo y, dentro de ellas, unas modalidades, de las que se echa mano por las normas de creación de los nuevos entes en función del régimen que se quiera conferir a cada organismo, sin una planificación que responda a criterios predecibles».

37. PASCUAL GARCÍA, José, «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», *op. cit.*, p. 111.

berada de «huida del Derecho Público» usando la técnica de personas jurídicas instrumentales. Pero es obligado preguntar si ese resultado, claramente pretendido, es o no legítimo o, más simplemente, jurídicamente posible.

Al estar implicado en la operación el propio legislador, parece inicialmente que cualquier posible límite tendría que ser de rango constitucional. Silvia del Saz ha creído poder justificar la existencia en la Constitución de una «reserva de Administración» o de Derecho Administrativo, de forma que todo intento de eludir esta reserva en favor de entes creados ad hoc para someterlos a otro régimen —o curiosamente, a ninguno, como pretendía el asombroso apartado 5 del artículo 6 LGP de 1988— distinto del administrativo, que tiene un explícito soporte constitucional (legalidad de la Administración, interdicción de la arbitrariedad, obligación de promover la igualdad, régimen de presupuestos públicos y de control del Tribunal de Cuentas, control de la legalidad y de los fines por los tribunales contencioso-administrativo) sería inconstitucional. A su vez, Borrajo afirma que, sin necesidad de incluir demasiados contenidos en la Constitución, los principios que esta impone a los «poderes públicos», cualquiera que sea su disfraz, pueden y deben ser impuestos por el juez ordinario, es evidente por de pronto, que la Constitución impone deberes³⁸.

GARCÍA DE ENTERRÍA, consciente del carácter que va tomando la cuestión, se plantea el problema de la posible libertad de elección por parte de la Administración. Si es posible que elija su actuación en uno u otro ordenamiento jurídico, público o privado, a su conveniencia, o por el contrario se debe considerar una reserva en favor del ordenamiento jurídico público. Así, afirma que es la legalidad (artículos 9.3 y 106 CE) y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, es el gobierno de las leyes, y no de los hombres³⁹.

38. GARCÍA DE ENTERRÍA afirma que «[d]e manera especial hay que subrayar que es la legalidad (artículos 9.3 y 106) y no la libertad lo que está en la base misma de la actuación de los poderes públicos, y que ello no es un prurito, de los juristas, como alguien pudiera creer, sino una exigencia indeclinable del principio democrático mismo, en cuanto que la Ley es la “expresión de la voluntad popular” (Preámbulo de la Constitución), única legitimada para el mando; la democracia es, inexcusablemente, *government by laws, not by men*». En su opinión, en base al principio democrático y a las exigencias constitucionales, se debería proceder al «levantamiento del velo» de las personas jurídicas utilizadas como vehículo de huida de las normas jurídico-públicas. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª edición, 2011, p. 425.

39. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Curso de Derecho Administrativo*, 15.ª edición, 2011, p. 426: «Esas exigencias, ¿imponen la inconstitucionalidad de las leyes que parecen querer dispensar de ellas? No creemos que resulte (al menos en todos los casos) imprescindible ese peso previo. ¿Será capaz, por su parte, el juez ordinario de imponer la observancia de esos

El fenómeno de la huida tiene su principal expresión en la búsqueda de fórmulas alternativas a las de la contratación pública, a través de personificaciones privadas⁴⁰, aunque estas sean de propiedad exclusivamente pública⁴¹.

RAMALLO MASSANET ve en las nuevas formas de colaboración público-privada también una huida del derecho administrativo y del presupuesto⁴².

5.2

La Nueva Gestión Pública

Con la denominación, comúnmente aceptada, de Nueva Gestión Pública, se va instalando una corriente de pensamiento que persigue la creación de una Administración pública eficiente y eficaz, que satisfaga las necesidades reales planteadas por los ciudadanos al menor coste posible.

En su planteamiento inicial se trata de un intento de superación del modelo burocrático tradicional, que, según sus detractores, ha quedado obsoleto ante el crecimiento y los nuevos sectores de actuación del sector público, que exigen un replanteamiento de los sistemas de gestión. Esta modificación de los sistemas de gestión llevará implícita una revisión de los sistemas de control. LÓPEZ y ORTIZ destacan que los nuevos modelos de gestión pública suponen una concepción distinta respecto de la actuación de control⁴³.

La Nueva Gestión Pública nace en el Reino Unido en la época de los Gobiernos conservadores presididos por Margaret Thatcher⁴⁴, últimos años 70 y primeros años 80, en el contexto de la crisis económica existente en los países occidentales en aquellos años, como reacción a las dificultades de respuesta de las Administraciones a una situación que empieza a sobrepasar los modelos imperantes desde el fin de la Segunda Guerra Mundial.

deberes constitucionales? Es razonable dudarlo, porque se trata de un campo que no es en el que se mueve ordinariamente y cuyos efectos sobre un tráfico jurídico privado de base no resultarán ordinariamente de discernimiento fácil o simple. El juez ordinario (civil, penal, social) está habituado, ello es cierto, a aplicar la doctrina del “levantamiento del velo”, que permite localizar al titular real por debajo de la vestidura de una personificación».

40. NIETO DE ALBA, Ubaldo, «Ética y control ante la corrupción y en el blanqueo de capitales», *Revista Española de Control Externo*, n.º 23, 2006, p. 19.

41. MARTÍNEZ MARTÍ, Gabriel, «El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, n.º 3, 2001, p. 74.

42. RAMALLO MASSANET, Juan, «El control externo en las nuevas formas de colaboración público-privada», *Revista Española de Control Externo*, n.º 26, 2007, p. 21.

43. LÓPEZ HERNÁNDEZ, Antonio M. y ORTIZ RODRÍGUEZ, Domingo, «El control de la gestión económico-financiera de las Administraciones públicas», en *La ciencia de la contabilidad. Doctor Mario Pifarré Riera*, Universidad de Barcelona, 2005, p. 505.

44. BARZELAY, Michael, *The New Public Management: Improving Research and Policy Dialogue*, University of California Press, 2001, p. 66.

El propio Dictamen del Consejo de Estado (número 1270/93, Sección 5.^a, de 2 de diciembre de 1993) al Anteproyecto de LCAP llamaba la atención sobre la ampliación en los últimos años del régimen contractual jurídico-privado, proceso que, por mucho que pueda parecer conveniente desde la perspectiva de la eficacia y la agilidad de dichas actuaciones, no debería llegar hasta el extremo de desconocer la naturaleza pública de los entes actuantes, ni menos aún, dejar sin posibilidades de aplicación práctica los principios constitucionales de obligada observancia por todas las Administraciones públicas. Sin embargo, la doctrina de este Consejo de Estado tampoco ha modulado una solución adecuada a la creciente huida del derecho administrativo en el caso del régimen contractual aplicable a las empresas públicas. Para ello, desde la concepción teórica de la Nueva Gestión Pública⁴⁵, se plantean una serie de sistemas de control, con el objetivo de obtener una plena transparencia de los procesos, planes y resultados para que, por un lado, perfeccionen el sistema de elección, y, por otro, favorezcan la participación ciudadana. Esta nueva filosofía de la gestión se tiende a planear como contrapuesta al modelo administrativo tradicional, el burocrático, cuya principal preocupación es el cumplimiento de la ley y la garantía de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, donde radica la legitimidad de la actividad, alegando que el cumplimiento correcto de los procedimientos administrativos se puede anteponer a la consecución de objetivos⁴⁶.

A partir de aquí, se pretende una disminución del ámbito objetivo y subjetivo de ejercicio de la función interventora⁴⁷, para ser sustituido este vacío por el control financiero⁴⁸.

MONTESINOS JULVE apunta que, en torno de la nueva gestión pública, también implica una mayor apertura de las entidades públicas a la competitividad, y el énfasis en la satisfacción del ciudadano conlleva una necesaria actualización de los mecanismos de control.

Pero esto no significa que este cambio de perspectiva se haga para destruir y debilitar a las entidades dedicadas al control del sector público, que

45. Ver BRUSCA, Isabel, «Treinta años de investigación en contabilidad y gestión pública en España», *Revista de Contabilidad*, vol. 13, n.º 2, 2010, p. 179.

46. Entre otros, ver GARCÍA SÁNCHEZ, Isabel M.^a, «La nueva gestión pública: evolución y tendencias», en *Presupuesto y Gasto Público*, n.º 47, 2007, y MONTESINOS JULBE, Vicente, «Nuevos ámbitos de la fiscalización pública», *Revista Española de Control Externo*, n.º 4, 2000.

47. Así lo constata ORÓN MORATAL, Germán, «Controles del principio de estabilidad presupuestaria: de Derecho interno y control europeo», *Encuentro de derecho financiero y tributario* (1.^a ed.). «Desafíos de la Hacienda pública española» (4.^a parte). *Estabilidad presupuestaria*, Instituto de Estudios Fiscales, DOC. n.º 18/2012, p. 49.

48. Así ha sucedido en las Universidades públicas. ORÓN MORATAL, Germán, «El control presupuestario de las Universidades públicas», *Auditoría Pública*, n.º 10, 1997, p. 40.

han de actuar también como herramientas para la defensa y justificación del sector público.

En su opinión los problemas financieros en el sector público exigen un control y un freno al gasto, por lo que la única solución para evitar las injusticias y los recortes es prescindir o bien de todo aquello que no es lo adecuado para satisfacer las necesidades públicas, o bien de lo que es ineficiente, y así no tener que prescindir de las prestaciones sociales, por lo que es en este problema básicamente donde se ha de centrar el objetivo de la función fiscalizadora⁴⁹. ORDOKI también considera necesario avanzar en esta línea⁵⁰.

Hemos de tener en cuenta que, en general, el ámbito que aquí nos interesa, la Nueva Gestión Pública, implica una tendencia hacia la desregulación, subordinando la actuación pública a la consecución de los objetivos fijados, más que al cumplimiento del procedimiento como fin en sí mismo. También implica una tendencia a la descentralización funcional que genera la creación de entes y agencias⁵¹. Ambas características, como ya hemos indicado, plantearon nuevos retos desde la perspectiva del control.

49. Para MONTESINOS JULVE:

Si los desequilibrios financieros en el sector público imponen un control y un freno en su crecimiento, el único camino para evitar las injusticias y los recortes lineales, que siempre recaen sobre los más desfavorecidos, será el de la racionalización de sus estructuras organizativas. Habrá que recortar y prescindir de lo malo y lo ineficiente de las organizaciones antes que recortar las prestaciones sociales que alivian a los más débiles y que, deseáramos, constituyesen conquistas irrenunciables del Estado del Bienestar.

Esta modernización y estas exigencias afectan también, y de forma muy especial, a la auditoría y a los órganos institucionales de control externo, que deberán suministrar el entramado de control necesario para garantizar un adecuado funcionamiento de la gestión pública y los mecanismos adecuados para llevar adelante su adecuado pilotaje. Para ello, no cabe duda que debe revisarse el alcance de las auditorías y adaptar los trabajos a las nuevas tendencias de la gestión y tecnología de la información.

MONTESINOS JULVE, Vicente, «Nuevos ámbitos de la fiscalización de las entidades públicas», *Revista Española de Control Externo*, n.º 4, enero 2000, p. 73.

50. ORDOKI URDAZI, Luis M.ª, «La necesidad de una transformación radical de las instituciones de control financiero externo en España», *Auditoría Pública*, n.º 57, 2012, pp. 30 y 31.

51. Para MONTESINOS JULVE, la reciente crisis ha puesto en cuestión este modelo de gestión. MONTESINOS JULVE, Vicente, «Transparencia y responsabilidad en el sector público: el papel de la información financiera en tiempos de crisis», *Revista de la Asociación Española de Contabilidad y Administración de Empresas*, n.º 87, 2009, p. 26.

5.3

El cuestionamiento de la función interventora

Esta tendencia queda muy gráficamente descrita por PARRES GARCÍA⁵², que considera que la función interventora, como modalidad tradicional de control que es, al tener un carácter preventivo y focalizado en el principio de legalidad, se corresponde con un contexto en el que la Administración pública había de garantizar unos modos de actuar respetuosos con un ordenamiento jurídico, tal y como es propio de un Estado de derecho. No obstante, en el contexto actual se ha vuelto obsoleta, no porque el control ya no deba atender al principio de legalidad, sino porque debe atender también a otros principios. En su opinión, la función de control se ha vuelto multidimensional y multidisciplinar⁵³.

Así, con toda esta base doctrinal, y también el correspondiente soporte normativo, se constata un progresivo retroceso de la función interventora, en beneficio del control financiero en muchos ámbitos, no solo desde el punto de vista subjetivo, sino también objetivo. Este es el punto de vista de CAAMAÑO ALEGRE, para quien la evolución legislativa se encamina a desplazar los controles previos hacia controles *a posteriori*, a través de elementos como los gastos exentos de fiscalización, o la fiscalización previa limitada, lo que implica el retroceso de la función interventora, frente al avance del control financiero⁵⁴.

Pero esta disminución de la función interventora se produce en un entorno que se ve como un burocratismo inaceptable, que también trasciende a los órganos de control externo. FANLO LORA⁵⁵ destaca que, en el control externo, disminuye la importancia de la mera función de control de legalidad, frente a los ámbitos que abarca el control financiero.

Estas nuevas tendencias que han pretendido, en muchos casos de manera bienintencionada, cambios en el modelo de control, tampoco han estado exentas de intentos destinados, pura y simplemente, a la supresión de cualquier tipo de control previo de legalidad. La razón era considerarlo un

52. PARRES GARCÍA, Alejandro, «Un modelo de control interno que induce al desarrollo del gerencialismo público: la experiencia de Canarias», *Auditoría Pública*, n.º 50, 2010, p. 35.

53. ROJAS LLANOS, Noemí, «Transparencia y función pública», *Revista Española de Control Externo*, n.º 20, 2005, p. 195.

54. CAAMAÑO ALEGRE, José, «¿Hasta qué punto conviene mantener una función interventora dependiente del Ministerio Hacienda? Evolución reciente y análisis bajo un prisma de Gestión Pública», *Auditoría Pública*, n.º 38, 2006, p. 66.

55. FANLO LORA, Antonio, «Relaciones del Tribunal de Cuentas con las Cortes Generales: la Comisión Mixta Congreso-Senado para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas», *Revista de Administración Pública*, n.º 108, 1985, p. 331.

estorbo al desarrollo de las políticas legitimadas por los ciudadanos a través de las elecciones, bastando, única y exclusivamente, o el control externo del Tribunal de Cuentas, o el jurisdiccional de los tribunales de Justicia, y, eso sí, la ratificación de la política efectuada, a través de las elecciones⁵⁶.

En este entorno, no fueron tantas las opiniones que se han enfrentado a los planteamientos que hemos descrito y que, a veces, se han aceptado como un axioma. Esta corriente se ha negado a compartir el carácter excluyente de los términos legalidad - eficacia, y recordando que el mandato del artículo 103.1 de la CE es terminante al respecto: la eficacia administrativa se impone como principio de actuación de la Administración, pero sin menoscabo alguno de la sumisión plena de esta a la ley y al derecho. El problema no es, pues, escoger uno de los dos elementos, sino establecer las condiciones con cuyo fin la actuación de la Administración, siendo conforme a derecho, también sea efectiva desde el punto de vista de la satisfacción de los intereses generales.

Una gran mayoría de las voces que han sostenido la necesidad de mantenimiento de la función interventora, coexistiendo con el control financiero en aquellas actividades de la Administración que requieren una mayor agilidad en sus actuaciones, han procedido del campo profesional más que del académico⁵⁷, como es el caso de LARRAINZAR; opiniones manifestadas con el riesgo de ser tachadas, sin más, de corporativistas⁵⁸.

56. NIETO critica que la desaparición de controles previos se haya hecho sin incremento de responsabilidad de los gestores. NIETO DE ALBA, Ubaldo, «Control del sector público: perspectivas de futuro», *Revista Española de Control Externo*, n.º 1, 1999, p. 16.

57. P. ej., LAZO VITORIA, Ximena, «El modelo de control interno del gasto público estatal. Propuestas de cambio», *Documento de trabajo 156/2010*, Fundación Alternativas, pp. 27 y 28.

58. LARRAINZAR opina lo siguiente (LARRAINZAR, Jesús, «Democracia y función interventora», *Revista de Hacienda Local*, n.º 90, 2000, p. 594):

A lo largo y ancho de los últimos veinticinco años la función interventora ha sufrido ataques continuados para tratar de convertir su imagen en una función interruptora de la gestión pública, sin embargo y a pesar de ello la misma no solo ha resistido toda la presión que han puesto, por una parte la clase política, y por otra grupos de profesionales que han tratado de introducir en la actuación administrativa las técnicas anglosajonas de control del gasto público, sin tener en cuenta la cultura administrativa vigente durante doscientos años en este país. Si ha existido una palabra que haya sido utilizada más frecuentemente al debatir sobre la actuación de la Administración pública o del ejercicio de cualquier función administrativa, y aún más si esta función es la de control, esta ha sido la palabra «democracia». Y su utilización siempre lo ha sido para desautorizar la acción administrativa, más que para reforzarla como si democracia y burocracia fuesen incompatibles, cuando el respeto a la legalidad es precisamente el fundamento del carácter democrático de la Administración.

Sin embargo, la extensión con que, como hemos visto, está concebida y los retrasos que produce en la actividad administrativa, entre otras razones, han dado motivo a ciertas críticas a esta modalidad de control, sugiriéndose por algunos autores que el control interno de legalidad se lleve a cabo a posteriori o por medio de muestreo o se limite a los actos de mayor importancia.

Tampoco se han desconocido las limitaciones de la función en los estudios efectuados por profesionales. Así, SÁNCHEZ REVENGA señala que las ventajas de la función interventora son inherentes a su sencillez⁵⁹. El interventor comprueba con carácter previo el cumplimiento de los requisitos establecidos, y autoriza la continuación del expediente si el contenido del mismo se ajusta a la normativa aplicable, y, en caso contrario, lo rechaza. Sus desventajas principales son que aporta rigidez a los procedimientos de gestión, al tener que comprobar una por una todas las decisiones de gastos en todos sus trámites, y que se limita a la simple comprobación de la regularidad y de la legalidad, sin aportar opinión sobre la oportunidad o la eficiencia del gasto. Es por ello que tiene que ser complementado con carácter general por las actuaciones de control financiero.

No ha sido tampoco ajena a esta corriente de opinión la experiencia de la Unión Europea. En sus inicios optó por un sistema de control, sin influencia anglosajona, de corte francés, con un sistema parecido a lo que nosotros entendemos por fiscalización previa. El crecimiento que supuso para la Unión el ingreso de nuevos países y la asunción de nuevas competencias conllevó una dificultad en la práctica de la fiscalización previa, que la llevó a un cierto colapso, con una disminución de los elementos a revisar, e incluso a visados superficiales. En enero de 1999 el Parlamento Europeo, al haberse descubierto una serie de fraudes en el seno de la Comisión, aprobó una Resolución a raíz de la cual se nombró un Comité de Expertos para que analizase las razones que impidieron la detección de las citadas irregularidades y propusiese, al mismo tiempo, una reforma tendente a evitarlas en el futuro. El sistema de intervención previa fue muy criticado, en 1999, por el Comité de Expertos, nombrado por el Parlamento Europeo, con la conformidad de la Comisión, en dos informes: *Comité d'experts indépendants. Premier rapport sur les allégations de fraude, de mauvaise gestion et de népotisme à la Commission européenne*⁶⁰, en marzo de 1999; y *Second rapport sur la réforme de la Commission. Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*⁶¹, en septiembre de 1999.

En el primer informe, el Comité comprueba que el control previo, ejercido por la DG XX, es un procedimiento que no funciona correctamente, puesto que «la mayor parte de las irregularidades constatadas se habían beneficiado

59. SÁNCHEZ REVENGA, Jaime, *Manual de presupuestos y gestión financiera del Sector Público*, Instituto de Estudios Fiscales, 2010, p. 522.

60. Se puede consultar en http://www.europarl.europa.eu/experts/report1_fr.htm

61. Se puede consultar en http://www.europarl.europa.eu/experts/default_fr.htm

de un visado favorable de la Intervención». Por ello, propone en su segundo informe incluso la supresión del visado previo y el establecimiento expreso de un Sistema de Auditoría Interna profesional, independiente y responsable únicamente ante el presidente de la Comisión.

El Comité de Expertos llega a afirmar lo siguiente:

En el mundo de la gestión financiera internacional, el sistema de control ex ante de las instituciones de la Comunidad es algo antediluviano (sic) y corresponde a una visión superada de un control que ofrece una doble seguridad, que concede poca importancia al sentido de la responsabilidad personal del «gestor», y pone el acento en los aspectos formales de las operaciones de modo que, en realidad, no puede ser efectivo más que en un entorno en el que se procese un número relativamente limitado de propuestas financieras⁶².

6

Regulación en la Ley 47/2003. El control financiero permanente

La LGP, en vigor desde el 1 de enero de 2005, clarifica y sistematiza el control interno⁶³, regulando de forma detallada el control de carácter posterior, distinto de la función interventora⁶⁴, agrupándolo en dos modalidades: el control financiero permanente y la auditoría pública⁶⁵.

En el Capítulo III del Título VI de la Ley 47/2003 se regula el control financiero permanente. La atribución de un capítulo específico a esta modalidad de control interno, considerada como un instrumento esencial para el seguimiento y control del principio de estabilidad presupuestaria, supone asimismo una novedad en relación con la legislación anterior (donde solo se recogía su ámbito de aplicación), sometiéndose su ejercicio a un Plan Anual de Control Financiero Permanente con objeto de asegurar su planificación y

62. *Second Rapport sur la réforme de la Commission. Analyse des pratiques en vigueur et propositions visant à porter remède à la mauvaise gestion, aux irrégularités et à la fraude*, punto 4.6.4, p. 117.

63. La necesidad era sentida por amplios sectores. *Vid.*, p. ej., BANDRÉS MOLINÉ, Eduardo, «La reforma de la legislación presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, n.º 11, 2002, p. 15.

64. Según MIAJA FOL, es con la nueva LGP cuando adquiere madurez el sistema de control interno. MIAJA FOL, Miguel, «Las tendencias actuales en los sistemas de control interno de las organizaciones. Implicaciones para las Administraciones públicas», *Documentación Administrativa*, n.º 286-287, p. 212.

65. RODRÍGUEZ CASTAÑO destaca este cambio frente a la regulación anterior. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón, «Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público», *Revista Española de Control Externo*, n.º 19, 2005, p. 146.

sistemática. Este Plan Anual deberá ser propuesto por los interventores delegados respectivos, y aprobado por la IGAE.

Se trata del control financiero permanente cuando se realiza por la Intervención Delegada destacada en el centro, organismo autónomo, entidad pública empresarial o entidad correspondiente, sin perjuicio de las actuaciones que de forma especial se realicen por la ONA, a lo largo de todo el ejercicio.

LAZO destaca el refuerzo de esta función, lo que, previsiblemente, hará aumentar su eficacia⁶⁶.

El control financiero permanente incluye, según el artículo 159 de la LGP, las siguientes actuaciones:

- Verificación del cumplimiento de la normativa y los procedimientos aplicables a los aspectos de la gestión económica a los que no se extiende la función interventora. Es lógico dado que el artículo 144 LGP, como objetivo del control interno, destaca verificar el cumplimiento de la normativa que resulte de aplicación a la gestión objeto del control.
 - Seguimiento de la ejecución presupuestaria y verificación del cumplimiento de los objetivos asignados a los programas de los centros gestores del gasto y verificación del balance de resultados e informe de gestión. Es también coherente con el antes citado artículo que exige del control interno verificar el adecuado registro y contabilización de las operaciones realizadas, su reflejo en las cuentas y estados que deba formar cada órgano o entidad, y el cumplimiento de los objetivos asignados a los centros gestores del gasto en los Presupuestos Generales del Estado.
 - Informe sobre la propuesta de distribución de resultados a que se refiere el artículo 129 de esta Ley.
 - Comprobación de la planificación, gestión y situación de la tesorería.
 - Análisis de las operaciones y procedimientos, con el objeto de proporcionar una valoración de su racionalidad económico-financiera y su adecuación a los principios de buena gestión, a fin de detectar sus posibles deficiencias y proponer las recomendaciones en orden a la corrección de aquellas.
- Además, incluye todas las actuaciones previstas en la LGP y en las demás normas presupuestarias y reguladoras de la gestión económica del sector público estatal, que están atribuidas a las intervenciones delegadas.
- En los departamentos ministeriales y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, verificar, mediante técnicas de audi-

66. LAZO VITORIA, Ximena, *El control interno del gasto público estatal*, Tecnos, 2008, p. 233

toría, que los datos e información con trascendencia económica proporcionados por los órganos gestores como soporte de la información contable, reflejan razonablemente las operaciones derivadas de su actividad. La Intervención General de la Administración del Estado establecerá el procedimiento, alcance y periodicidad de las actuaciones a desarrollar.

Según la Circular de 30 de julio de 2015, de la Intervención General de la Administración del Estado, sobre Control Financiero Permanente, el ejercicio del control financiero permanente comprende tanto las actuaciones de control que anualmente se incluyan en el correspondiente plan de control financiero, como las actuaciones atribuidas a las intervenciones delegadas, regionales y territoriales en las demás normas presupuestarias y reguladoras de la gestión económica del sector público estatal. Entre otras destaca los informes a las bases reguladoras de la concesión de subvenciones, las actividades relacionadas con la asistencia a mesas y juntas de contratación previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y los informes en materia de modificaciones de crédito a que se refiere el artículo 63 de la Ley General Presupuestaria.

También incluye evaluar que la actividad y los procedimientos objeto de control se realizan de acuerdo con los principios de buena gestión financiera y, en especial, los previstos en la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.

Las actuaciones se han de documentar en informes periódicos, además de un informe anual comprensivo de los resultados de las actuaciones de control financiero permanente que se hayan llevado a cabo durante el ejercicio. Es la esencia, pues, como afirma RODRÍGUEZ CASTAÑO, «la forma de ejercicio del control financiero se concreta mediante la emisión de informes»⁶⁷.

Las actuaciones y el alcance específico fijado para ellas no son aleatorios o a voluntad de las distintas intervenciones delegadas, sino que obedecen a un objetivo general y se determinan en el plan anual de control financiero permanente que es elaborado y aprobado por la IGAE, si bien puede ser modificado cuando se produzcan circunstancias que así lo justifiquen.

67. RODRÍGUEZ CASTAÑO, Antonio-Ramón, «Los elementos integrantes del procedimiento del control del gasto público», *Revista Española de Control Externo*, n.º 19, 2005, p. 145.

7

El control financiero en las corporaciones locales

7.1

Primera regulación. El Real Decreto Legislativo 781/1986

La reforma de los sistemas de control interno de la gestión económico-financiera que se produce con la entrada en vigor de la LGP del 77, no se introdujo, y de manera renqueante, hasta varios años después en el mundo local, de manera que siguió manteniendo la función interventora como única técnica.

El control financiero inicia su andadura en la normativa local, si bien de forma indirecta, a través de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL). Su artículo 5-E-a), en la redacción original, otorgaba a la LGP el carácter de norma supletoria en materia de Haciendas locales, lo cual incluía la regulación del control interno. Siguiendo esta idea de unificación de los sistemas de control, el artículo 454-1 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, remite a los artículos 16 y 17 de la LGP, y concordantes, como modo de ejercicio de las funciones de control y fiscalización en las entidades locales.

Ahora bien, no es hasta la publicación de la LHL cuando aparece por primera vez regulado de manera específica. La LHL no siguió el sistema de referencia a la legislación general presupuestaria, y prefirió el redactado ya conocido. Con posterioridad a la publicación de la LHL, la STC 214/1989, de 21 de diciembre, declaró inconstitucional el citado artículo 5 de la LRBRL en su totalidad.

La posición del Tribunal Constitucional ha hecho que el legislador en materia de presupuestos y control local vea con recelo la remisión sin más al bloque normativo en materia de control de la LGP, lo que, unido a la inacción de las propias corporaciones locales, es la razón del escaso avance del control financiero en la realidad local.

La introducción del control financiero, al igual que en el sistema estatal, tiene como objetivo comprobar, respecto de los entes sometidos al mismo, el funcionamiento en el aspecto económico-financiero, la adecuada presentación financiera y el cumplimiento de las normas que le sean de aplicación, así como el grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos, y el análisis del coste de funcionamiento y rendimiento de los respectivos servicios e inversiones.

No obstante su plasmación legal, han sido muy escasos los municipios que han desarrollado un auténtico sistema de control financiero. Es necesario

tener en cuenta que la necesaria formación en técnicas de auditoría, que se requiere para poder ejercer un auténtico control financiero, es casi inexistente en la inmensa mayoría de los municipios españoles. Este problema hace que desde los órganos de control interno no se proponga a los órganos decisorios de las corporaciones la adopción, vía bases de ejecución del presupuesto o por reglamentos específicos, de la práctica de controles financieros, con lo que el problema se retroalimenta y no se llega a adquirir una cultura del control financiero.

7.2

La Ley Reguladora de las Haciendas Locales

La regulación legal estuvo inamovible desde su introducción, que es una reproducción, aunque con algunas variantes, como veremos más adelante, de lo definido en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, hasta la Ley 27/2013.

La refundición llevada a cabo por el Real Decreto 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, tampoco introdujo ningún elemento nuevo respecto del control financiero establecido en la redacción original. Tal vez motivado por la situación antes descrita, tampoco se ha aprobado desde 1988 ninguna disposición complementaria que lo desarrolle.

Vemos pues, un muy diferente asentamiento del control financiero entre el sector público estatal y el local, habiendo seguido el primero desde 1977 una importante evolución normativa y un esfuerzo de puesta en marcha. Este no ha sido el caso del sector público local, que siempre ha ido a la zaga y donde son muy escasas las corporaciones que, hasta ahora, hayan realizado un auténtico control financiero, lo que ha provocado incluso mociones en el Tribunal de Cuentas⁶⁸, por lo que el control interno se circunscribía, básicamente, a la función interventora, quedando prácticamente sin control desde las intervenciones tanto las entidades públicas empresariales como las socie-

68. La Moción de 20 de julio de 2006, del Pleno del Tribunal de Cuentas, sobre el control interno, gestión de personal y contratación en las entidades locales, constata esta falta de ejercicio del control financiero: «En las fiscalizaciones llevadas a cabo por el Tribunal, se ha puesto de manifiesto que la función del control financiero no se ejerce en la mayoría de las entidades, ni respecto a la propia entidad ni a sus entes dependientes y, en los casos en que se realiza, dicho control no se documenta según establece la normativa mediante informe que junto con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, se remita al Pleno para su examen».

dades mercantiles, e incluso, en alguno de los casos en los que sí se hacía, no se documentaba y posteriormente no se remitía al pleno para su conocimiento, sino que tan solo se trata de una mera constatación por parte del interventor de cómo hace las cosas un determinado ente.

Tampoco ha ayudado la confusa redacción del TRLRHL, que no sienta de manera clara e inequívoca la competencia del órgano interventor como único órgano competente para el ejercicio del control financiero. El artículo 203, en su redacción original, actual 222 en el TRLRHL, parece buscar la ambigüedad cuando afirma que «los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora así como los que se designen para llevar a efecto los controles financiero y de eficacia». En todo caso falta la rotundidad de su coetáneo, el artículo 17 del TRLGP: «El control de carácter financiero se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado», ya que la legislación local no concreta quién los designa. Ya DE ROVIRA MOLA puso de manifiesto esta indefinición del titular del órgano encargado de llevar a cabo el control financiero⁶⁹. De la misma opinión son ROS SERRA y CARBONELL VILA⁷⁰.

De hecho la realidad confirma la oscura dicción del TRLRHL, pues no siempre los controles financieros se ejercen por la Intervención del ente local. La Moción de 20 de julio de 2006, del Pleno del Tribunal de Cuentas, sobre el control interno, gestión de personal y contratación en las entidades locales, es tajante al constatar la no exclusividad de la Intervención en el ejercicio del control financiero:

Respecto a las facultades del personal controlador, el artículo 222 del TRLRHL establece que los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora así como los que se designen para llevar a efecto los controles financiero y de eficacia, ejercerán su función con plena independencia recabando cuantos antecedentes consideren necesarios. En algunas entidades en las que se llevaron a efecto los controles financiero y de eficacia, estos no fueron realizados por funcionarios con habilitación de carácter nacional, sino por otro personal del ayuntamiento detrayendo así de estos funcionarios, las funciones de control, además de presentar este personal mayor dependencia funcional de los órganos de gobierno.

El Tribunal de Cuentas, en el Informe de fiscalización de los contratos de asistencia técnica para la realización de auditorías en las entidades locales, ejercicios 2004, 2005 y 2006, de 29 de octubre de 2009, claramente considera que es una función atribuida en exclusiva a los interventores, integrantes de

69. ROVIRA MOLA, Albert DE, *Manual de Derecho Presupuestario*, EAPC, 1990, p. 296.

70. ROS SERRA, David y CARBONELL VILA, Tomás, en VV. AA., *La Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, Federació de Municipis de Catalunya, 1989, p. 232.

las subescalas de Habilitación Nacional, Interventores y Secretarios o Secretario-Interventor, la función pública de control interno, en su triple condición, a tenor de lo previsto en el artículo 92-1 de la LRBRL.

De la lectura del artículo 222 TRLRHL podemos entender que si en una interpretación lógico-sistemática, la mantenida entre otros por GONZÁLEZ PUEYO⁷¹ o FERRAN DILLA y CABELLO RODRÍGUEZ⁷², no se puede concluir otra cosa que la atribución en exclusiva y no compartida a la Intervención de estas funciones, no es menos cierto que, cuando el legislador local lo ha querido dejar sentado de forma indubitada, lo ha hecho.

Así, el artículo 136 de la LRBRL claramente otorga la competencia del control financiero a la Intervención:

La función pública de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia, corresponderá a un órgano administrativo, con la denominación de Intervención general municipal.

Su titular necesariamente ha de ser nombrado entre funcionarios de Administración local con habilitación de carácter estatal. El contrasentido entre ambas legislaciones, la estatal rotunda y la local, digamos común, ambigua, es enorme, sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 136, por su ubicación en el Título X de la LRBRL, es exclusivamente aplicable a los grandes municipios, que, en todo caso, son los únicos que podrían disponer de algún personal, al margen del interventor, capacitado para abordar el control financiero. La realidad cotidiana es que los municipios a los que no resulta aplicable el artículo 136, haya pensado en lo que haya pensado el legislador en la atribución de la competencia, no tienen ninguna estructura, al margen

71. GONZÁLEZ PUEYO, Jesús y ARNAL SURIA, Salvador, *Comentarios al Texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales*, El Consultor, 2005, pp. 1410 y 1411. La primera condición está obviamente refrendada en la expresión literal del artículo que habla de los funcionarios que tengan a su cargo la función interventora, así como los que se designen (expresión en que, de acuerdo con una ortodoxa interpretación gramatical, el pronombre relativo tiene como antecedentes el sustantivo «funcionarios») para llevar a cabo los controles financiero y de eficacia.

72. FERRAN DILLA, Jorge y CABELLO RODRÍGUEZ, M.ª Luisa, «La externalización del control económico-financiero en el ámbito local a la luz del reciente Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas», *Revista Española de Control Externo*, n.º 33, 2009, p. 49: «Efectivamente, la atribución competencial del control financiero está encomendada a la Intervención Municipal y, a su través, a los funcionarios de habilitación ahora estatal que tienen atribuida esa competencia, que, por ello mismo, se convierte en una función y competencia ajena al ámbito exclusivamente local y pasa, indirectamente por mor de esa atribución, a convertirse en manifestación de una competencia compartida o con participación de otros ámbitos públicos. Así, función y funcionarios no lo son tanto de la Administración local como en la Administración local».

de la Intervención, que pueda abordar un control financiero. Lo que, en principio, parece una sangrante contradicción, probablemente, en mi opinión, no es nada más que el fruto de dos momentos legislativos diferentes: en el primero, el antiguo artículo 203 nace inmerso en el proceso antes descrito de un cierto desprestigio de los controles internos, mientras que, en el segundo, el artículo 136 responde a una situación en la que, años antes, se han producido sonoros escándalos de corrupción, que han puesto de manifiesto la necesidad del mantenimiento de los controles clásicos, junto con el mayor control presupuestario instaurado por las primeras leyes de estabilidad.

No obstante, la redacción de la Ley es la que es, sin una atribución clara de la competencia, como mínimo de manera exclusiva, a la Intervención, siendo preciso acudir a otras normas para deducir la competencia del interventor, lo que no ocurre en la legislación presupuestaria general, que la atribuye expresamente a la IGAE. Por otra parte, se ha de ser consciente de que el legislador local no está pensando en exclusiva en el órgano interventor como único y exclusivo competente para el control financiero⁷³.

En sentido contrario, el TRLRHL, en su artículo 213 modificado por la Ley 27/2013, como ya hemos comentado, al mismo tiempo que incluye dentro de las funciones de control interno la función de control financiero, incluida la auditoría de cuentas, y función de control de la eficacia, obliga a los interventores de las entidades locales *a remitir con carácter anual a la Intervención General de la Administración del Estado un informe resumen de los resultados de los controles desarrollados en cada ejercicio*, con lo que parece querer reafirmar la competencia, y en todo caso, serían los únicos con trascendencia legal. Eso sí, no se ha modificado el 222.

La regulación local está establecida en el artículo 220 TRLRHL, con una formulación más amplia en el estricto rango legal que su equivalente cronológico, el TRLGP, aunque sin posterior desarrollo reglamentario hasta el Real Decreto 424/2017. Según el citado artículo, «[e]l control financiero tendrá 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».

Posteriormente, confundiendo objeto con fin, afirma que «tiene por objeto informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos».

73. BIOSCA LÓPEZ, Francisco Javier, *La apariencia de control en la Administración local por los habilitados estatales*, *Auditoría Pública*, n.º 52, 2010, p. 74.

En lo que hace referencia al *modus operandi* del control financiero, establece una remisión a las normas: «se realizará por procedimientos de auditoría de acuerdo con las normas de auditoría del sector público».

Como resultado del control efectuado habrá de emitirse informe escrito en el que se hagan constar cuantas observaciones y conclusiones se deduzcan del examen practicado. Los informes, conjuntamente con las alegaciones efectuadas por el órgano auditado, serán enviados al pleno para su examen.

8

La función de control financiero en el Real Decreto 424/2017

El Real Decreto 424/2017 contrasta con la ambigüedad inicial del TRLRHL, completando el giro que da la Ley 27/2013, con la nueva redacción del art. 213, y queda concebido como un elemento más del control interno a cargo de la Intervención.

Respecto de su contenido, el artículo 3-3 dice lo siguiente:

El control financiero tiene por objeto verificar el funcionamiento de los servicios del sector público local en el aspecto económico financiero para comprobar el cumplimiento de la normativa y directrices que los rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera, comprobando que la gestión de los recursos públicos se encuentra orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía, la calidad y la transparencia, y por los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera en el uso de los recursos públicos locales.

Aun manteniendo una línea general de similitud con lo dispuesto en el Real Decreto 2188/95, hay una serie de diferencias importantes.

La primera viene derivada de su concepción: comprende tanto el control permanente como la auditoría pública.

Hasta la LGP actual, no ha existido una distinción conceptual tajante entre control financiero y auditoría. De hecho, el artículo 35 del Real Decreto 2188/95 establece lo siguiente:

El control financiero se ejercerá mediante auditorías u otras técnicas de control, de conformidad con lo establecido en el presente Real Decreto y en las normas de auditoría e instrucciones que dicte la Intervención General de la Administración del Estado.

El TRLRHL, en su nueva redacción del artículo 213, tampoco distingue e incluye, al hablar de las funciones de control interno respecto de su gestión económica, de los organismos autónomos y de las sociedades mercantiles de ellas dependientes, las modalidades de función interventora, función de

control financiero, incluida la auditoría de cuentas, y la función de control de la eficacia, con lo que al menos se hace mención expresa de la auditoría de cuentas, aunque incluida dentro de la función de control financiero, cuando, en su redacción anterior a la reforma efectuada por la Ley 27/2013, solo se hablaba del ejercicio del control interno respecto de la gestión económica, en su triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de la eficacia.

Por contra, el artículo 142 LGP, como ya hemos comentado anteriormente, sí que separa, como figuras diferentes, la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública.

La distinción conceptual existente entre el control financiero permanente y la auditoría pública no es, tampoco, un tema que haya interesado a la doctrina científica. Una gran mayoría de los manuales de Derecho Financiero se limitan a una transcripción, más o menos literal, de los artículos de la LGP que regulan ambas modalidades de control interno. Casi se podría decir que la diferenciación, por otra parte extremadamente sutil, tan solo ha sido objeto de un escaso análisis por parte de los profesionales del ramo.

La confusión se produce, en muy buena medida, por la utilización de técnicas comunes, básicamente las importadas del campo privado, a través de la auditoría. No olvidemos que la propia LGP, al referirse al contenido del control financiero, en el art. 159, expresamente se refiere a que incluye, «[e]n los departamentos ministeriales y entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, verificar, mediante técnicas de auditoría, que los datos e información con trascendencia económica proporcionados por los órganos gestores como soporte de la información contable, reflejan razonablemente las operaciones derivadas de su actividad».

Uno de los pocos que han tratado el tema, BLASCO LANG, considera que la definición del control financiero permanente que realiza la LGP supone una distinción más formal que material entre las dos modalidades de control interno, ya que, en sentido estricto, el control financiero comprende la auditoría pública⁷⁴.

Como ya hemos visto, el artículo 157 LGP define el control financiero permanente, desde el punto de vista de su objeto, como la verificación de una

74. BLASCO LANG, José Juan, «El control financiero y la auditoría pública en la nueva Ley General Presupuestaria», *Revista Española de Control Externo*, vol. 6, n.º 18, 2004, p. 174: «De otra parte, el control financiero en sentido estricto comprende tanto el control financiero permanente como la auditoría pública, que, a diferencia de la función interventora, no se desarrolla conforme a un procedimiento formalizado normativamente y que no tiene los efectos suspensivos previstos en la Ley. El control financiero, en sentido estricto, se realiza de manera concomitante a la actividad controlada, o bien se lleva a cabo con posterioridad a la realización de los actos (*ex post*)».

forma continua, realizada a través de la correspondiente Intervención Delegada, de la situación y el funcionamiento de las entidades del sector público estatal en el aspecto económico-financiero, para comprobar el cumplimiento de la normativa y las directrices que les rigen y, en general, que su gestión se ajusta a los principios de buena gestión financiera, y en particular al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de equilibrio financiero.

La segunda diferencia con el Real Decreto estatal, como ya hemos avanzado, es la muy escasa conceptualización del rango, en el nivel legal, de la regulación del control financiero y la auditoría en el mundo local, sin poco más que una simple mención, frente a una definición básica contenida en la LGP.

El contenido del control financiero viene desarrollado en los artículos 29 a 38 del Real Decreto 424/2017. Ahora bien, consciente de la evolución rápida que experimentan las técnicas auditoras, ya prevé que en el ejercicio del control financiero serán de aplicación las normas de control financiero y de auditoría pública vigentes en cada momento para el sector público estatal, mucho más fáciles de modificar que un real decreto que afecta al régimen local.

El control reviste dos modalidades: el control permanente y la auditoría pública; el Real Decreto detalla la forma de ejercer este control financiero, y confiere facultades al órgano de control para la obtención de la información y la documentación necesarias para llevarlo a cabo.

Una de las novedades que introduce esta regulación es la programación del control financiero. Es una actividad estructurada y planificada, cuyo primer paso es que el órgano interventor deberá elaborar un Plan Anual de Control Financiero, que ha de recoger las actuaciones de control permanente y auditoría pública a realizar durante el ejercicio.

El Plan Anual de Control Financiero ha de incorporar en primer lugar aquellas actuaciones obligatorias derivadas de una obligación legal, que serían las que prevé el artículo 32 del Reglamento o bien se contengan en la legislación especial, entre las que cobran especial relevancia las derivadas del cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y de la LRBRL.

En segundo lugar, después de efectuar un análisis de riesgos previo que tiene que ser coherente con los objetivos que se pretendan conseguir, las prioridades establecidas para cada ejercicio y los medios disponibles, y, en función de ello, concretar las actuaciones. Aquí el Reglamento introduce, a nuestro juicio, una cierta confusión conceptual. El riesgo desde el punto de vista que nos ocupa es la posibilidad de que se produzcan hechos o circunstancias que puedan dar lugar, en la actividad pública, a incumplimientos de la normativa aplicable, defectos de la fidelidad de la información financiera, inadecuada protección de los activos o falta de eficacia y eficiencia en la gestión. Lo que se está pidiendo al interventor es la realización de un mapa de riesgos,

que identifique los riesgos, y, una vez identificados, asignar prioridades para seleccionar las actuaciones a incluir en el Plan.

La competencia para la aprobación del Plan es del interventor, y ha de ser remitido a efectos informativos al pleno.

El órgano interventor deberá elaborar con carácter anual, y con ocasión de la aprobación de la cuenta general, un informe resumen de los resultados del control interno señalado en el artículo 213 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

¿Es el inicio del *compliance* legal en la Administración? Veámoslo.

El informe resumen elaborado por el interventor se remite al pleno, a través del presidente de la corporación, y a la Intervención General de la Administración del Estado en el curso del primer cuatrimestre de cada año, y debe contener los resultados más significativos derivados de las actuaciones de control financiero y de función interventora realizadas en el ejercicio anterior.

El presidente de la corporación ha de adoptar una actitud proactiva frente a los problemas detectados. Debe formalizar un plan de acción que determine las medidas a adoptar para subsanar las debilidades, deficiencias, errores e incumplimientos que se pongan de manifiesto en el informe resumen.

Para ello tiene un plazo máximo de 3 meses desde la remisión del informe resumen al pleno. El plan de acción es responsabilidad exclusiva del presidente de la corporación y debe contener las medidas de corrección adoptadas, el responsable de implementarlas y el calendario de actuaciones a realizar, tanto en el propio ente como en los organismos y entidades públicas adscritas o dependientes y de las que ejerza la tutela.

El plan de acción se remite al interventor de la entidad local, que ha de valorar su adecuación para solventar las deficiencias señaladas y en su caso los resultados obtenidos.

El interventor ha de informar al pleno sobre la situación de la corrección de las debilidades que hayan sido puestas de manifiesto en el ejercicio del control interno, para que el pleno pueda realizar un seguimiento periódico de las medidas correctoras implantadas.

En la misma dirección la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público incluye un artículo, el 64, con un título bien descriptivo:

Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. *Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar*

la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Ambas normas exigen de los dos principales órganos rectores de las Administraciones locales, pleno y presidente, una actitud no pasiva, sino de liderazgo del comportamiento no solo legal, sino también ético de la organización que dirigen. Esto va en la dirección señalada por el informe COSO y los estándares internacionales en materia de *compliance*.

Hoy en día, prácticamente en todos los países occidentales, en el mundo empresarial, existen los denominados programas de *compliance*, cumplimiento, que tienen algún tipo de impulso o protección legal.

Las reformas del Código Penal operadas por Ley Orgánica 5/2010, y la posterior por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, han hecho que en las empresas españolas haya aparecido una nueva actividad, inspirada en el ámbito anglosajón: el control interno, cuya función es informar a los administradores de los riesgos que pueden aparecer y hacer incurrir a la empresa en actitudes desviadas.

En España, a diferencia de las empresas privadas, todavía no se suele hablar de la aplicación de programas de *compliance* en las Administraciones, pero sí ocurre en otros países de nuestro entorno.

Así, recientemente, en Italia se ha aprobado, casi en la línea del *compliance* en el sentido anglosajón, la *Legge di 6 novembre 2012, n. 190, Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*. Es una ley ambiciosa, que adopta desde diversos puntos de vista la estrategia del *compliance*, pretendiendo abordar el control de forma global⁷⁵.

75. La Ley, como eje central, establece que cada Administración debe aprobar un plan de tres años para la prevención de la corrupción que identifique las áreas en riesgo de corrupción, evaluar el nivel de exposición al riesgo de las oficinas públicas y establecer aquel los cambios organizativos que sean necesarios para minimizar los riesgos, incluyendo la formación y la rotación de los puestos directivos más expuestos.

El plan trienal de cada Administración debe contener los siguientes aspectos (artículo 1.9):

- Identificar las actividades dentro de las cuales hay un mayor riesgo de corrupción, y recoger las propuestas.
- Proporcionar a las actividades de mayor riesgo de corrupción los mecanismos de la formación, ejecución y control de decisiones adecuadas para prevenir el riesgo de corrupción.
- Proporcionar, especialmente con respecto a las actividades antes citadas, los requisitos de información con respecto al responsable de la supervisión de la operación y el cumplimiento del plan.
- Vigilar el cumplimiento de las condiciones previstas por la ley o reglamento, para la conclusión de los procedimientos administrativos.
- Supervisar la relación entre la Administración y los sujetos que estipulan contratos con la misma o que son interesados en los procedimientos de autorización, concesión o erogación de beneficios económicos de cualquier género, incluso mediante el seguimien-

¿El sistema sería fácil de implantar en España? Parece muy difícil, tal y como se están planteando hoy los debates, centrados exclusivamente en el control económico-financiero, que se aborde la evolución de los sistemas de control hacia esa figura del *compliance officer*, y menos en la Administración local.

Aparte de la evolución en otras direcciones, lo que puede no ser un problema en las Administraciones estatal y autonómicas, pues por su tamaño y sus plantillas, con suficiente personal cualificado, podrían mantener simultáneamente una Intervención y una oficina de *compliance*, se vuelve a plantear por el tamaño de las distintas Administraciones, con gran afectación a la Administración local. En la actual distribución legal existente, entre las competencias reservadas a los funcionarios, aplicar directamente el modelo italiano requeriría decidir si se atribuyen las competencias al secretario, al interventor, a otro funcionario, o bien se fragmentan asumiendo un diseño conjunto del plan de prevención y distribuyendo las áreas materiales entre ambos. El ámbito del urbanismo, además de uno de los más delicados, también sería uno de los de más difícil solución. Estas circunstancias prácticamente nos abocarían a un órgano colegiado, que si bien es difícil que fuese operativo en los municipios pequeños, sí podría funcionar bien en los grandes, un comité de *compliance*, que, por qué no, podría estar presidido, al estilo de la tradición del *Public Accounts Committee* del Parlamento británico, por una persona propuesta por la oposición.

to de los informes de los lazos parentales existentes entre los propietarios, directores, miembros y empleados de los mismos sujetos y los ejecutivos y empleados de la Administración.

– Identificar los requisitos específicos de transparencia más allá de los requeridos por la Ley.

Para la elaboración y el seguimiento del plan, se busca en los escalones superiores, normalmente entre los ejecutivos administrativos, siempre profesionales, y se ha de designar un responsable de la prevención de la corrupción. En las entidades locales, la tarea de la preparación y verificación de la aplicación de dicho plan es atribuida por la Ley en el art. 1, párrafo 7: «como regla general, el secretario local, salvo justificación y determinación en contrario».

En los ayuntamientos pequeños y medios, con carácter general, han sido designados los secretarios comunales como responsables de la prevención de la corrupción, mientras que en los grandes ha sido designado, normalmente, un funcionario directivo. Curiosamente está prevista la disolución del cuerpo de secretarios locales, a la luz de la próxima supresión del «corpo dei segretari comunali e provinciali», prevista por la *Legge 7 agosto 2015, n. 124*, y su transformación en directivos de las corporaciones locales.

Es cierto que el *Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267*, que aprueba el *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, en sus artículos 93, 158, 161 y 174, conforma unas competencias de los secretarios locales italianos muy superiores a las de los españoles, ya que reúnen unas importantes competencias económico-financieras, que los acercan al secretario-interventor español. En Italia la figura equivalente al interventor español no existe, y sus funciones, como en los pequeños municipios españoles, son asumidas por el secretario, pero sin competencias de revisión de cuentas, que son asumidas por un colegio de tres censores, que según el artículo 234 corresponde a un colegio de tres expertos designados por el consejo municipal.

Pero si en la discusión de la Ley 27/2013 se plantearon grandes reticencias hacia la concentración de poder en un funcionario, como el interventor, ¿podemos seriamente plantearnos la posibilidad de que este asumiera las funciones de *compliance officer*? Creemos que no, y los argumentos dados en estos debates también serían extrapolables a cualquier otro funcionario que fuera designado para este cometido.

¿El sistema sería eficiente? En el caso italiano la propia Autoridad Nacional Anticorrupción Italiana, en su *Rapporto sul primo anno di attuazione della Legge n. 190/2012*, reconoce una eficacia muy limitada, e incluso una particular consistencia del fenómeno de la corrupción en algunas regiones.

En el mismo sentido, pero centrado en el *compliance*, la Organización Internacional de Normalización (ISO) publicó en 2015 la Norma ISO 19600 «Sistemas de gestión de compliance. Directrices» (*Compliance management systems-Guidelines*). Está inspirado en el *Australian Standard Compliance programs AS 3806-2006* y recoge una serie de recomendaciones para ayudar a las organizaciones a desarrollar un sistema de *compliance*.

La ISO 19600 es aplicable a organizaciones tanto públicas como privadas, y sin ser, en absoluto, una norma obligatoria, sí que es un prestigioso estándar internacional.

La regla 5-1 asigna el liderazgo del establecimiento y garantía de funcionamiento y mejora del sistema a la dirección, y la 5-3 admite la designación de un *compliance officer*, dedicado en exclusiva a la tarea o compartido con otras funciones, o bien la creación de un comité, pero en todo caso (regla 4-4) ha de quedar garantizada su independencia.

La oportunidad que abre el Real Decreto 424/2017 es importantísima para establecer un elemento que puede ser capital para la actuación ética de las corporaciones locales. Es una oportunidad que no debemos desaprovechar y que podríamos considerar como una de las aportaciones principales del derecho financiero a la materia.

9

¿Sustituirá el control financiero a la función interventora?

Esta sustitución del clásico control interno previo llevado a cabo por órganos especializados, a los que se reserva una revisión posterior, es una de las tendencias que se está realizando en organizaciones públicas de diversos países. Se ha implantado, por ejemplo, en la Administración de la Unión Europea, donde cada departamento elige entre sus funcionarios a los encargados del control interno y de la gestión de gastos y pagos, que queda al margen del

personal que no pertenece a la organización como trabajador. El nombramiento de ordenador se regula en el artículo 65-3 del *Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo*. Se prevé que cada institución delegue, respetando las condiciones establecidas en su reglamento interno, las funciones de ordenador en un empleado con la cualificación adecuada. En sus normas administrativas internas tiene que regular el personal en el que delegará las funciones de ordenador, el alcance de las competencias delegadas y si los delegatarios pueden subdelegar dichas competencias.

El ordenador es competente para ejecutar los ingresos y gastos de acuerdo con los principios de buena gestión financiera, así como debe garantizar la legalidad y la regularidad de los mismos.

En paralelo, el artículo 66-2 carga la responsabilidad del control interno en el ordenador. A estos efectos, el ordenador delegado de cada institución, de conformidad con el artículo 32 y con las normas mínimas aprobadas por la institución en la que se inserta, y en función de los riesgos asociados al entorno de gestión y a la naturaleza de las acciones financiadas, ha de poner a punto una estructura organizativa y sistemas de control internos idóneos para la ejecución de sus competencias.

El establecimiento de la estructura organizativa y los sistemas de control ha de ser respaldado por un análisis del riesgo exhaustivo que tenga en cuenta su rentabilidad.

El sistema se cierra en el artículo 68-4, con la extensión del régimen de responsabilidades que se puedan derivar, que recae única y exclusivamente en el ordenador, que es enteramente responsable de la correcta utilización de los fondos que gestiona, de la legalidad y regularidad de los gastos sujetos a su control y de la exhaustividad y exactitud de la información transmitida al contable.

Cada operación ha de ser objeto, según el artículo 65-5, de al menos un control previo basado en un análisis de los documentos y en los resultados disponibles de los controles ya realizados, en relación con los aspectos operativos y financieros de la operación.

Atendiendo a una lógica de separación entre gestor y controlador se establece que, para cada operación revisada, el personal encargado de la verificación de una operación será distinto de los que la iniciaron y no estará subordinado a ellos.

Dentro de esta primera fase del control, también se pueden implantar controles *a posteriori* para verificar las operaciones ya aprobadas a raíz de

los controles previos, es decir, como comprobación de la corrección de los controles, por lo que pueden organizarse por muestreo en función del riesgo.

El mismo artículo 65-5, siguiendo con la lógica antes descrita, establece que los controles previos serán efectuados por personal distinto de los encargados de los controles *a posteriori*. Para su objetividad y garantía, el personal encargado de los controles *a posteriori* no estará subordinado a los miembros del personal encargados de los controles previos.

Este cambio de sistema, previsiblemente, no se limitará simplemente a una mera redistribución de funciones entre órganos gestores y de control dentro de la Administración, sino que también influirá en el modo de actuar del control externo. Así lo constata RUIZ GARCÍA⁷⁶, cuando afirma:

La Comisión ha reformado el control interno, transfiriendo esta función a los propios gestores (los directores generales), que deberán organizar sus sistemas de control de acuerdo con las normas establecidas. El recientemente creado Servicio de Auditoría Interna es el encargado de garantizar el funcionamiento eficiente de los sistemas de control puestos en práctica por cada director general.

La reforma ha tenido una incidencia directa en el ejercicio del control externo realizado por el Tribunal de Cuentas Europeo, en particular en lo que se refiere a la elaboración de la declaración de fiabilidad. La metodología del Tribunal se orientará aún más hacia la evaluación de los sistemas de supervisión y control. El Tribunal deberá considerar las declaraciones de los directores generales en la conformación de su opinión y utilizar los informes de la auditoría interna en el proceso de planificación y ejecución de sus propias fiscalizaciones.

10

La necesidad de abordar el control como una obligación global de la organización, no solo de los órganos de control

Esta premisa, que consideramos básica, no se da hoy en España. Los órganos gestores, en muchos casos, adoptan decisiones pensando, en exclusiva, si serán o no aceptadas por la Intervención, no por propio convencimiento.

Ya dijimos que el control económico-financiero, en general en el caso de las organizaciones públicas, no se considera como una exigencia ética y de buen gobierno, sino como una simple carga burocrática impuesta por las

76. RUIZ GARCÍA, Eduardo, «Rendición de cuentas y control externo», *Revista Española de Control Externo*, n.º 17, mayo 2004, p. 144.

leyes, y que es un problema que afecta tan solo a los interventores y al Tribunal de Cuentas, y en todo caso, y como último recurso, a la Policía y los jueces, pero no al conjunto de la organización.

Esta situación se tiene que cambiar. La organización administrativa, de forma global, ha de ser consciente de dónde están los riesgos, y sentir el ambiente de control, y todo ello impulsado por la dirección.

Nos hemos referido en varias ocasiones al informe COSO, señalando que es la más exitosa de las iniciativas en materia de control interno, con origen en el mundo privado, y que en muy breve espacio de tiempo se ha convertido en el referente de los sistemas de control interno privados y también públicos.

Para NAVEIRA⁷⁷, COSO es un nuevo concepto de control interno, integrado en los procesos, y no un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a los procesos, y es asumido por la organización en su conjunto: el consejo de administración, la dirección y el resto del personal.

El elemento clave es la concepción del control de forma global⁷⁸.

Ahora describiremos los cinco puntos básicos que configuran el control interno, que, según el informe COSO, son los siguientes⁷⁹:

a) Ambiente de control

Se trata de conseguir que los miembros de la organización sean conscientes de la existencia de un sistema de control eficaz.

El ambiente de control se define por el informe como un conjunto de circunstancias que enmarcan el modo de actuar de una entidad desde la perspectiva del control interno, y que son por lo tanto determinantes del grado en que

77. Para NAVEIRA, estamos ante «un nuevo concepto de control interno, que se define como un proceso integrado en los procesos, y no un conjunto de mecanismos burocráticos añadidos a los mismos, efectuado por el consejo de administración, la dirección y el resto del personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar una garantía razonable para el cumplimiento de los objetivos. Este énfasis en el cumplimiento de los objetivos y el hecho de que es un proceso integrado en la gestión cotidiana de todos los agentes de la organización, comenzando por sus máximos directivos, constituye su hecho verdaderamente diferencial». NAVEIRA NAVEIRA, Ana M.^a, «El funcionamiento de la Administración bajo un sistema de dirección por objetivos: una necesidad y un nuevo enfoque para los órganos de control», *Revista Española de Control Externo*, n.º 49, 2015, p. 51.

78. Según SANTACANA GÓMEZ, «[e]n el referido informe, el control interno se entiende como un proceso integrado, y no un conjunto de pesados mecanismos burocráticos añadidos al mismo, que ejecuta la dirección, la administración, y en general todo el personal de una entidad, sea pública o privada, diseñado con el fin de proporcionar una garantía razonable para el logro de los objetivos». SANTACANA GÓMEZ, José M.^a, «La cultura del control interno», *Interventores y Auditores del Estado*, n.º 2, 2010, p. 64.

79. TURU SANTIGOSA, Inmaculada, «Organización del control interno», en VV. AA., *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades*, Aranzadi, 2013, pp. 746 y 747.

los principios del control imperan sobre las conductas y los procedimientos organizacionales.

Por su parte, los responsables de cada uno de los departamentos han de mantener un entorno de control en sus áreas de responsabilidad. Esto implica que la dirección debe mantener formas de comportamiento y estilos de dirección que sean reflejo de su integridad y de su compromiso con los valores éticos.

b) Evaluación de riesgo

El control interno es diseñado esencialmente para limitar los riesgos que afectan a las actividades de las organizaciones. En cualquier actividad existen áreas en las que existen mayores riesgos de actividades desviadas. A través de la investigación y análisis de los riesgos relevantes y el punto hasta el cual el control vigente los neutraliza, se evalúa la vulnerabilidad que tiene el sistema y los puntos en los que debe mejorar.

c) Actividades de control

Están constituidas por aquellos procedimientos específicos establecidos como un reaseguro para el cumplimiento de los objetivos, orientados, básicamente, hacia la prevención y neutralización de los riesgos.

Las actividades de control son las políticas y los procedimientos que permiten asegurar que los mandatos de la dirección se lleven a cabo.

d) Información y comunicación

Es necesario que todos los miembros conozcan el papel que les corresponde desempeñar en la organización (funciones, responsabilidades).

Para que esta comunicación sea eficaz, debe fluir en todas direcciones: arriba-abajo, abajo-arriba y transversalmente.

e) Seguimiento

Es misión de la dirección dotar a la organización de una estructura de control interno idónea y eficiente, así como su revisión y actualización periódica para mantenerla en un nivel adecuado.

El objetivo es asegurar que el control interno funciona adecuadamente, ya sea a través de actividades continuas o de evaluaciones puntuales.

Este modelo tuvo tal éxito en el mundo privado, e influencia en el público, que ha sido aceptado por los órganos de control públicos. El espaldarazo definitivo lo recibió a partir del informe que elaboró en 1999 la *U.S. Government Accountability Office* (GAO), la Oficina de Auditoría del Sector Público de los Estados Unidos, en el cual, influido por conclusiones del informe

COSO, se propugna la necesidad de crear unas pautas en las organizaciones públicas que favorezcan la creación de un ambiente de control que permita:

- La eficacia y la eficiencia de las operaciones.
- La fiabilidad de la información financiera.
- El cumplimiento de las leyes, reglamentos, y políticas.

Esta aceptación ocasionó que en el XVII Congreso de INTOSAI celebrado en Seúl en 2001, ante la necesidad de una actualización de las directrices de control interno aprobadas en 1992, INTOSAI designara al Tribunal de Cuentas de Bélgica para la presidencia del comité de normas de control interno. El Tribunal belga desarrolló el trabajo, y modificó las directrices, que, en su texto revisado, implantaron el modelo de COSO, aceptando así un marco para evaluar el control interno del sector privado en el sector público.

¿Cuál es una de las claves de su éxito? A mi juicio, la implicación de toda la organización. Una concepción integral del control, como un elemento transversal de la organización, no de un órgano especializado en el control, que no se excluye, y que se debe mantener.

Esto supone un giro copernicano en la concepción del control interno, pero es un giro que se debe dar.

Que la organización se involucre en su conjunto en el control, si se acompaña con una sociedad exigente, es la mejor garantía de la buena administración. En el informe *Leadership, ethics and accountability in policing*, elaborado por el *Committee on Standards in Public Life*, presentado al Parlamento británico en junio de 2015, se afirma:

*The public expects high ethical standards from the police that serve them. Trust in the police is vital – from the Chief Constable to the most junior police officer. Police ethics – their honesty, their integrity, their impartiality, their openness – should be beyond reproach. Above all, this requires effective accountability and leadership to create a culture where high standards of behaviour are the norm. High standards – of both conduct and accountability – also need to be demonstrated by those charged with holding the Police to account*⁸⁰.

Esta debería ser la tendencia; aunque existan órganos específicos de control, la actuación conforme a la ley y los principios de la ética pública es una tarea que incumbe a toda la organización, y el impulso se ha de hacer desde la dirección.

80. *Fifteenth Report of the Committee on Standards in Public Life. Tone from the top Leadership, ethics and accountability in policing*, p. 7.

Se puede consultar en https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/439208/Tone_from_the_top_-_CSPL.pdf

Por ello, traspasar una parte de las actuales competencias de los órganos de control interno a los órganos gestores, les haría copartícipes de la función de control y quedarían integrados, por lo tanto, en el control, pues, como mínimo, deberían diseñar y ejercer su sistema de control, para aquellos asuntos de su competencia.

Las intervenciones deberían revisar mediante control financiero cómo se ha efectuado por los órganos gestores su control, y estos, lógicamente, deberían asumir su parte alícuota de responsabilidad.

Insistimos en que este compromiso de toda la organización con el control es básico; por ello, creo que es bueno que las Administraciones impliquen a cuantos más mejor en actividades que supongan control, pero deben conservarse dentro de la Administración, como parte de ella, unos órganos especializados en el control.

11

¿La constante disminución de la fiscalización previa se debe frenar o continuar?

Creemos que esta disminución no solo debe frenarse, sino incluso eliminarse. Esto no significa que se deba encargar a las intervenciones el control de estas áreas, actualmente exentas de fiscalización previa.

Hemos visto cómo, desde la aprobación de la LGP de 1977, la fiscalización previa no ha hecho sino ceder terreno al control financiero. La fiscalización previa de los ingresos no existe en la Administración del Estado, y no es general en la local.

En el campo de los gastos, la exención de fiscalización previa y la fiscalización previa limitada han minorado la incidencia del control por parte de las intervenciones.

¿Todo esto quiere decir que ha disminuido el control en su conjunto y se han mermado las garantías de una correcta administración de los fondos públicos?

La respuesta no es sencilla. Si volvemos a tomar como fuente de información las noticias de prensa, podemos afirmar que la retirada de la función interventora, en lo que respecta a los ingresos, ha sido suplida con un más que razonable éxito por el propio autocontrol. Es evidente que existe fraude fiscal, también hemos visto diversos escándalos en esta materia, pero no es menos cierto que es un problema más de gestión tributaria que de control, y que la Administración tributaria está realizando grandes avances.

En cambio, han sido muy escasos los supuestos que han salido a la luz de connivencia de los gestores tributarios con los contribuyentes, en perjuicio

del fisco, y en este sentido se puede decir que la Agencia Estatal de Administración Tributaria ha sabido suplir, y por qué no, mejorar el control efectuado con la fiscalización previa.

La Agencia, desde sus orígenes, fue consciente de que modificar un sistema de control no significa eliminarlo, sino cambiarlo. Así, la Orden de 2 de junio de 1994 por la que se desarrolla la estructura de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, en su apartado Undécimo, creó un servicio de auditoría interna que, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la IGAE, mediante la realización de auditorías y el desarrollo de instrumentos de control permanente, *pretende la prevención y detección de las conductas irregulares*.

Por supuesto, toda la actividad de la Agencia queda sometida al control financiero por parte de la IGAE, tal y como se prevé en la LGP. Creemos que el sistema, en general, se puede decir que ha funcionado.

Por el contrario, no sería este el caso de los gastos. Es una constante, en muchos supuestos de corrupción, que se haya usado el sistema del contrato menor, exento de fiscalización previa, para contratar de manera desviada. Aquí la ausencia de control por la Intervención no se ha suplido, en muchos casos, por un autocontrol por la propia organización, sino que se ha fiado todo a un control *a posteriori*. Creemos que el error ha sido eliminar el control sin sustituirlo por otro, como en el caso de los ingresos.

La tendencia a una sustitución mayor de la función interventora por el control financiero no tendría que suponer, como ha ocurrido en nuestro caso con los ingresos, una menor garantía para los ciudadanos, si se realiza de una forma similar a la realizada en la Administración de la Unión Europea, sustituyendo un control previo de la Intervención por otro del órgano gestor, obligado a rendir cuentas, y sometiendo a control financiero los asuntos exceptuados del control previo de la Intervención. La ventaja sería, reiterando lo dicho en el anterior punto, una mayor implicación de la organización en el control, de modo que este no parezca algo ajeno, ya que en exclusiva se debe encargar la Intervención.

Otra ventaja, no menor, sería ampliar el número de sujetos pasivos de la responsabilidad contable, al ampliar su base. Requeriría algún retoque legal, pero ayudaría a eliminar la visión del control como algo que no incumbe a la gran mayoría de la organización.

Como vimos, el Reglamento financiero de la UE hace constante referencia al control según los riesgos. Pues si se considera más conveniente, se podría implantar el control por el propio órgano, solamente en las áreas consideradas de menor riesgo. Por ejemplo, las retribuciones de personal son una materia que consume importantes esfuerzos en materia de fiscalización

previa, pero que da lugar a muy escasos problemas; es por tanto, por lo general, un «área segura», con muy escasos errores por parte de los servicios de personal o recursos humanos, y que fácilmente podría ser destinada al control financiero directamente, con un autocontrol del órgano gestor.

El sistema no sería, creo, complicado de implantar en la Administración del Estado y las autonómicas; por el contrario, sería más difícil de llevar a la práctica en la gran mayoría de los ayuntamientos. La razón es muy sencilla: no cuentan con suficiente personal cualificado para disponer de un pequeño equipo dentro de los distintos sectores de la organización para ocuparse de un control previo, y, además, de una intervención capaz de llevar a cabo el control financiero. Por lo tanto se debería optar por lo uno o por lo otro, o bien por una solución intermedia: limitar el control interno por la Intervención a las áreas de mayor riesgo. Se podría llegar a una solución muy aceptable ampliando las competencias de los secretarios en los municipios de tamaño medio, de manera que ejerzan funciones de control de la legalidad de los actos administrativos, que ya habían ejercido en el pasado y que encajan perfectamente con sus funciones de asesor legal preceptivo, en las áreas de menor riesgo.

La LCSP inicia tímidamente este camino. La disposición adicional tercera dice: «Será también preceptivo el informe jurídico del Secretario en la aprobación de expedientes de contratación». La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en el informe *Expediente: 64/18, de 10 de octubre de 2018. Informes a los pliegos en las corporaciones locales*, claramente dibuja el alcance del citado precepto: «De acuerdo con el literal de la disposición, el informe debe entrañar un pronunciamiento jurídico que indique si el expediente en su conjunto se adecúa a lo previsto en la normativa vigente».

Si la entidad local ha aprobado que la fiscalización sea solo de requisitos esenciales, sin añadir nuevos a los ya fijados por acuerdo del Consejo de Ministros, una parte no menor del expediente contractual ha de estar jurídicamente controlada por el secretario sin conocimiento por parte del interventor, si bien el informe del secretario, como informe que es, no tiene efectos suspensivos en ningún caso.

Por supuesto, para que el sistema funcionase, se tendría que garantizar un mínimo de seguridad jurídica para los funcionarios que llevasen a cabo estas tareas de control.

Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC

MARTINA SINISI

*Investigadora confirmada de Derecho Administrativo y con
acreditación para las funciones de profesora asociada*

1. El principio de transparencia y las reformas más recientes
2. La regulación del sistema de la incompatibilidad de los funcionarios públicos y de la imposibilidad de asignación de tareas (inconferibilidad)
3. Corrupción en el ámbito de los contratos del sector público y el papel jugado por ANAC
4. Las nuevas atribuciones de ANAC y los otros niveles de intervención: búsqueda de un equilibrio
5. La regulación anticorrupción como instrumento de prevención y la tutela judicial como medio de corrección: criticidades y «fracasos» en la consecución del objetivo común

Resumen

La necesidad de implementar el principio de transparencia ha llevado a cambios regulatorios en los diversos sectores en los que se aplica el principio de transparencia. De hecho, este principio no surge solo para contrarrestar la corrupción (y en este contexto, las reformas más recientes con respecto a los contratos públicos y el papel de la Autoridad Nacional Anticorrupción no pueden ignorarse), sino que se implementa en un principio general de accesibilidad de la acción administrativa, a través de la provisión de acceso cívico generalizado, con referencia a todos los documentos y los datos de la Administración pública y ejercitado por cualquiera.

Artículo recibido el 30/04/2019; aceptado el 07/07/2019.

Palabras clave: *transparencia; acceso generalizado; corrupción; contractos públicos; Autoridad Nacional Anticorrupción.*

The reforms on transparency and the legislation against corruption in Italy. Public contracts and the role played by the National Anti-Corruption Authority

Abstract

The need to implement the principle of transparency has led to regulatory changes in several sectors. In fact, this principle is necessary not only for fighting corruption (in this regard, the recent reforms on public contracts and the role of the National Anti-Corruption Authority are relevant), but also for all citizens which benefit from the general principle of open administrative access to all documents and data of the public administration.

Keywords: transparency; public access; corruption; public contracts; National Anti-Corruption Authority.

1

El principio de transparencia y las reformas más recientes

El principio de transparencia se refiere a diferentes perfiles del sistema administrativo italiano: el procedimiento administrativo, la organización administrativa, la responsabilidad de los funcionarios, el proceso de informatización de la Administración pública y la regulación de la prevención de la mala administración y de la corrupción¹.

El principio de la transparencia se traduce en un modelo de organización que proporciona formas complejas de prevención (cargas procesales, controles, etc.) y sanciones, con el objetivo principal de evitar fenómenos de mala administración².

1. G. ARENA, «Trasparenza amministrativa», *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1995; R. VILLATA, «La trasparenza dell'azione amministrativa», *Dir. proc. amm.*, 1987; R. CHIEPPA, «La trasparenza come regola della pubblica amministrazione», *Dir. ec.*, 1994; M. SPASIANO, «Trasparenza e qualità dell'amministrazione», *I principi generali dell'azione amministrativa*, editado por M. P. CHITI, G. PALMA, Nápoles, 2006; *Id.* «I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità», *Codice dell'azione amministrativa*, editado por M. A. SANDULLI, Milán, Giuffrè, 2017.

2. F. MERLONI, «La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge 190/2012 e d.lgs. 33/2013», y E. CARLONI, «I principi del codice della trasparenza», *La trasparenza*

También otras normas establecen el mismo objetivo, como aquellas que (i) regulan el sistema de incompatibilidad y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones por los funcionarios públicos; (ii) regulan el sistema de inconferibilidad de asignaciones; (iii) garantizan el control de los ciudadanos sobre la obra de la Administración pública a través de obligaciones publicitarias y nuevas formas de acceso cívico³.

En particular, el Decreto Legislativo 97/2016 modificó la regulación de la transparencia (Decreto Legislativo 33/2013) tomando como modelo la Ley de libertad de información (*freedom of information act*) e introduciendo así, además de la obligación ya regulada de publicación de algunos documentos, información o datos, el llamado «acceso cívico simple», lo que representa una sanción por el incumplimiento de la obligación de publicación (regulado por el artículo 5, párrafo 1, del Decreto Legislativo 33/2013), una forma de acceso generalizada de todos los ciudadanos a todos los datos y documentos en posesión de la Administración pública, también a aquellos no sujetos a publicación (artículo 5, párrafo 2, Decreto Legislativo 33/2013, introducido por el Decreto Legislativo 97/2016)⁴.

Este Decreto marca un paso importante en el camino hacia la transparencia de la acción administrativa en Italia.

El Decreto es parte de la reforma de la Administración pública y persigue el objetivo de racionalizar las obligaciones de información previstas en el Decreto Legislativo 33/2013 y ampliar la posibilidad de conocer la acción administrativa, a través del reconocimiento de un derecho «generalizado» de acceso a la información pública⁵.

amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo n. 33, editado por B. PONTI, Santarcangelo Maggioli, 2013; S. CASSESE, «L'etica pubblica», *Giorn. Dir. amm.*, 2003.

3. D. U. GALETTA, «Accesso civico e trasparenza della pubblica amministrazione alla luce delle (previste) modifiche delle disposizioni del Decreto legislativo n. 33/2013», www.federalismi.it, 2016; D. U. GALETTA, «La trasparenza, per un nuovo rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo», *Riv. it. Dir. pubbl. comun.*, 5, 2016, p. 1019.

4. S. VILLAMENA, «Il c.d. FOIA (o accesso cívico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili», www.federalismi.it, 2016.

5. Se prevé la «accesibilidad total de los datos y documentos de las Administraciones públicas», dirigida no solo a «fomentar formas generalizadas de control sobre el ejercicio de las funciones institucionales y el uso de los recursos públicos», sino también a garantizar una mayor protección de los derechos de los ciudadanos y promover su participación en la realización de actividades administrativas (artículo 1, párrafo 1, Decreto Legislativo n.º 33 de 2013). C. COLAPIETRO, «L'«importazione» del diritto di accesso civico generalizzato nel nostro ordinamento in bilico tra legittime pretese e impossibili (o quasi) imprese», *Trasparenza nella p.a. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, editado por A. MASSARO, M. SINISI, RomaTrE-Press, 2017. En el Informe de la Autoridad Nacional Anticorrupción del primer año de implementación de la Ley n.º 190/2012 se destacan los problemas críticos encontrados en la implementación de la regulación a que se refiere el Decreto Legislati-

A este respecto, la digitalización de la Administración pública fue importante. Una Administración basada en un funcionamiento electrónico no solo sirve mejor a los principios de eficacia y eficiencia, al ahorrar costes, sino que también refuerza las garantías de los interesados y facilita el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, pues permite ofrecer información puntual, ágil y actualizada a los interesados. Las disposiciones que regulan la transparencia de la Administración pública pretenden lograr una acción administrativa más democrática que esté en consonancia con los cánones constitucionales. De hecho, las asimetrías de información existentes entre los titulares y los destinatarios de las funciones públicas limitan la participación efectiva de los involucrados en la gestión administrativa, impidiendo la plena realización de la libertad y de la igualdad de los ciudadanos. No por casualidad, el segundo párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 33/2013 especifica que la transparencia «ayuda a poner en práctica el principio de la democracia y los principios constitucionales de igualdad, equidad, buen gobierno, responsabilidad, eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos, la integridad y la lealtad en el servicio a la nación», y que es «condición de garantía de las libertades individuales y colectivas y de los derechos civiles, políticos y sociales, que ella garantiza el derecho a una buena administración y contribuye a la creación de una administración abierta, para servir a los ciudadanos».

Con el derecho de acceso cívico «generalizado» a la información pública, se ha otorgado la libertad de acceso de cualquier persona a los datos y documentos en posesión de las Administraciones públicas y otros sujetos previstos por la ley.

Esta libertad está garantizada, en cumplimiento de las normas que regulan la protección de intereses públicos y privados con relevancia jurídica, a través de la publicación de documentos, información y datos relativos a la organización y a las actividades de las Administraciones públicas.

La actual disciplina marca un claro cambio de tendencia. El reconocimiento de un derecho de acceso «total» a la información pública representa la novedad más significativa introducida por la reforma. La transparencia administrativa ahora está protegida como un derecho fundamental y esta libertad de acceso a la información administrativa es la herramienta para implementarla. De esta manera, el acceso cívico «generalizado», a diferencia

vo n.º 33 de 2013 (en www.anticorruzione.it); A. NATALINI, G. VESPERINI (editado por), «Le troppe trasparenze», en *Il big bang della trasparenza*, Nápoles, 2015, 28; F. PATRONI GRIFFI, «La trasparenza della Pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza», www.federalismi.it.

de la forma de acceso documental que exige la Ley 241/90 (artículo 22), que limita subjetivamente solo a las partes interesadas y requiere una solicitud justificada, se extiende a todos los datos públicos y puede ser presentado por cualquier persona y sin motivos específicos (a excepción de las exclusiones y límites establecidos por la ley, artículo 5-bis Decreto Legislativo 33/2013).

El artículo 3, párrafo 1, del Decreto Legislativo 97/2016, establece que «todos los documentos, información y datos sujetos al acceso cívico, incluidos los que están sujetos a publicación obligatoria según la legislación vigente, son públicos y cualquier persona tiene derecho a conocerlos, utilizarlos de forma gratuita, y usarlos y reutilizarlos de conformidad con el artículo 7»; es decir, tienen que ser publicados en un formato abierto y de conformidad con las reglamentaciones sobre utilización y protección de datos de carácter personal⁶. Estas garantías también se extienden a los datos que constituyen el objeto de la nueva forma de acceso cívico «generalizado».

En esta y otras áreas juega un papel fundamental la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC), que es una autoridad responsable de la protección de los principios de buena fe y de buen gobierno, cuya tarea es, por lo tanto, prevenir y contrarrestar los fenómenos de corrupción que pueden ocurrir en la esfera pública, especialmente en los sectores de mayor riesgo.

La Autoridad Nacional Anticorrupción, habiendo consultado al Garante para la Protección de los Datos Personales, tiene la facultad de identificar los datos sujetos a publicación obligatoria para los cuales la publicación completa se reemplaza por la información resumida, quedando la posibilidad de acceder a los datos en su totalidad a través del acceso cívico.

Además, se atribuye a la Autoridad Nacional Anticorrupción, durante la redacción del Plan Nacional Anticorrupción (que es el Plan que deben elaborar anualmente todas las Administraciones públicas), la tarea de especificar las obligaciones de publicación y los métodos de implementación de dicha publicación, en relación con el tamaño organizativo y las actividades llevadas a cabo. Estos pronósticos permiten a ANAC identificar las obligaciones de publicación en relación con el riesgo de corrupción de cada Administración pública y con la necesidad de proteger los datos de carácter personal.

El acceso cívico «generalizado», que es independiente de la titularidad de situaciones legalmente relevantes, garantiza un amplio conocimiento de la actividad administrativa.

6. Se hace referencia al art. 68 del Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005, n.º 82, que contiene el «Código de la administración digital»; al Decreto Legislativo de 24 de enero de 2006, n.º 36, sobre la reutilización de documentos en el sector público, y al Decreto Legislativo de 30 de junio de 2003, n.º 196, que contiene el «Código para la tutela de los datos de carácter personal».

El procedimiento para ejercer el derecho de acceso cívico «generalizado» a la información pública requiere que la solicitud se transmita a la Administración pública que posee los datos, la información o los documentos, a la Oficina de Relaciones Públicas (URP), a otra oficina indicada por la Administración en la sección de «administración transparente» del sitio web institucional, o al gerente de transparencia y de prevención de corrupción.

El procedimiento debe concluirse con una disposición expresa y motivada, en el plazo de treinta días posteriores a la presentación de la solicitud.

En caso de aceptación de la solicitud en ausencia de oposición, la Administración debe transmitir oportunamente los datos o documentos solicitados al solicitante, o debe publicar los datos en su sitio web y también informar al solicitante de dicha publicación, indicando el correspondiente enlace.

La divulgación de datos y documentos es *sin costo*, salvo el derecho de la Administración de solicitar el reembolso únicamente del costo incurrido por la reproducción en papel de documentos.

El peticionario o la contraparte a quien se niegue el acceso cívico o que reciba una oposición, tiene a su disposición un mecanismo de *doble protección*: (i) la *protección administrativa*, que brinda la posibilidad de presentar una solicitud de reexamen al gerente de transparencia y de prevención de corrupción, que decide con una disposición motivada, en el plazo de 20 días (con una extensión de 15 días si el gerente solicita la opinión de la Autoridad Nacional Anticorrupción); (ii) la *tutela judicial*, a través del recurso contencioso-administrativo⁷.

El incumplimiento de las obligaciones de publicación determina las responsabilidades disciplinarias y administrativas del gerente de transparencia y de prevención de corrupción, y de otros gerentes y funcionarios con autonomía para la toma de decisiones que no hayan garantizado con la debida diligencia el flujo de información a publicar.

Existen algunas limitaciones del acceso cívico generalizado, que se refieren a casos de secretos de Estado y otros casos previstos por la Ley.

Con referencia a las limitaciones inherentes a la necesidad de salvaguardar el interés público, la Ley establece que el acceso es denegado si la denegación es necesaria para evitar un perjuicio concreto a la protección de la seguridad pública, del orden público, de la defensa, de las relaciones internacionales, de la estabilidad política, financiera y económica del Estado, de las investigaciones sobre crímenes y de la realización de actividades de inspección.

7. M. C. CAVALLARO, «Garanzie della trasparenza amministrativa e tutela dei privati», *Dir. Amm.*, 1, 2015; M. LIPARI, «Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi», *Il processo amministrativo*, editado por A. QUARANTA, V. LOPILATO, Milán, 2011.

Además, el acceso se rechaza si es perjudicial para la protección de los datos de carácter personal, para la libertad y el secreto de la correspondencia, etc.⁸.

Sin embargo, la regulación no es perfecta y aún no ha logrado los resultados esperados.

La Autoridad Nacional Anticorrupción ha promulgado varios actos para proponer un enfoque interpretativo y aplicativo a las Administraciones públicas, a los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones públicas, a las entidades públicas empresariales y a las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas⁹.

Sin embargo, con algunas criticidades restantes, en un informe reciente de fecha 4 de enero de 2018, ANAC hizo algunas observaciones críticas sobre el Decreto Legislativo 33/2013 (modificado por el Decreto Legislativo 97/2016) para adoptar correcciones que hagan más efectivas las disposiciones nacionales vigentes.

2

La regulación del sistema de la incompatibilidad de los funcionarios públicos y de la imposibilidad de asignación de tareas (inconferibilidad)

En el proceso legislativo destinado a una mayor transparencia y a la lucha contra la corrupción, otro objetivo logrado es la regulación de la asignación de oficinas y de las causas de la incompatibilidad.

La regulación de los casos de incompatibilidad y de no asignabilidad de los cargos públicos a los funcionarios públicos ha entrado en el sistema legal italiano a través de la Ley de 6 de noviembre de 2012, n.º 190, sobre «Disposiciones para la prevención y represión de la corrupción y la ilegalidad en la Administración pública» (*Ley anticorrupción*)¹⁰.

Esta Ley, en el artículo 1, párrafo 49, delega al Gobierno la adopción de uno o más decretos legislativos tendentes a modificar las normas vigentes

8. Resolución ANAC n.º 1309 de 28 de diciembre de 2016.

9. Resoluciones n.º 1309 y n.º 1310 de 28 de diciembre de 2016, n.º 241 de 8 de marzo de 2017, y n.º 1134 de 8 de noviembre de 2017. Para una reflexión general sobre la regulación y sobre las garantías para ayudar al ejercicio, con referencia específica al caso de las directrices ANAC, ver A. G. GIUFFRÈ, «Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle linee guida ANAC», www.federalismi.it.

10. El problema tiene orígenes que se remontan a hace bastante tiempo: S. CASSESE, «Maladministration», *Foro it.*, 1992, V, p. 243; M. D'ALBERTI, R. FINOCCHIARO (editado por), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bolonia, 1994; U. ALLEGRETTI, «Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione», *Dig. Disc. pubbl.*, Turín, 1993, VIII, p. 131.

sobre la asignación de cargos gerenciales y de alta responsabilidad administrativa en las Administraciones públicas (artículo 1, párrafo 2, del Decreto Legislativo 165/2001).

Las regulaciones se refieren a los puestos de los ejecutivos o directores de los organismos que realizan «funciones administrativas» o «producción de bienes y servicios públicos para la Administración pública», o aquellos que «en nombre de la Administración pública gestionan servicios públicos», excluyendo entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas que no gestionen servicios públicos, no produzcan bienes y no presten servicios a una Administración pública, o no realicen funciones administrativas en su nombre (es decir, actividades concretas destinadas a satisfacer necesidades colectivas directas e inmediatas)¹¹.

El párrafo 50 establece, en particular, algunos principios y criterios que deben regir los futuros decretos, incluyendo:

- a) *establecer explícitamente, a efectos de prevención y lucha contra la corrupción, los casos de imposibilidad de conferir cargos directivos, adoptando en general el criterio de no conferibilidad para quienes hayan sido condenados, incluso con una sentencia que no se haya finalizado, por los delitos previstos en el capítulo I del título II del segundo libro del Código Penal;*
- b) *establecer explícitamente, a efectos de prevención y lucha contra la corrupción, los casos de imposibilidad de conferir cargos administrativos, adoptando en general el criterio de no conferibilidad para quienes, por un período de tiempo razonable antes de la asignación, no menos de un año, hayan ocupado cargos o desempeñado tareas en entidades de derecho privado vinculadas a control o financiadas por la Administración que entregue la tarea;*
- c) *regular los criterios de atribución así como los casos de no asignación de puestos gerenciales a personas ajenas a las Administraciones públicas que, durante un período de tiempo razonable antes de la asignación, no inferior a un año, hayan formado parte de cuerpos políticos o hayan cubierto cargos públicos electivos [...].*

En la implementación de esta regulación, ha sido emanado el Decreto Legislativo 39/2013, que en su artículo 1 indica las definiciones de «imposibilidad de asignación» (inconferibilidad) e «incompatibilidad».

Por «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» se entiende la interdicción, permanente o temporal, para conferir algunas tareas a quienes

11. S. BATTINI, «Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici», *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 1.

hayan sido condenados por algunos delitos previstos por la ley, hayan ocupado cargos en entidades de derecho privado sujetas a control o financiadas por la Administración que entregue la tarea o hayan formado parte de órganos políticos.

Por «incompatibilidad» se entiende la imposibilidad de cubrir dos cargos en conflicto entre sí: el sujeto debe elegir uno u otro cargo dentro del término perentorio de quince días, bajo pena de la pérdida de ambos cargos¹².

Las disposiciones sobre la incompatibilidad y la «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» tienen por objeto asegurar la imparcialidad subjetiva del funcionario de la Administración pública.

El Decreto tiene el objetivo de introducir una incompatibilidad general reservada solo para cargos de alta gerencia, dejando el régimen existente completamente sin cambios para otros empleados públicos.

Aunque el Decreto Legislativo no deroga explícitamente la legislación preexistente, innova al introducir un régimen de incompatibilidad que ya no es especial, sino general, y que se extiende a todos los cargos gerenciales de los organismos públicos y de los organismos privados sujetos a control público.

La «imposibilidad de asignación» / «inconferibilidad» y la incompatibilidad asumen un carácter complementario, con respecto al fin unitario de una mayor garantía de la imparcialidad y del buen gobierno de la Administración pública. Los titulares de los cargos administrativos apicales no pueden acumular cargos políticos, y los titulares de cargos políticos no pueden ser nombrados en cargos gerenciales de las Administraciones públicas, de los organismos públicos, o de los organismos privados en control público.

Con referencia al acceso y a la permanencia en las asignaciones administrativas, la Ley 190/2012 modifica la regulación anterior, que presentaba algunos límites, ya que para ciertos tipos de funcionarios públicos no evaluaba si los cargos externos asumidos por el empleado de la Administración pública podrían haber comprometido su imparcialidad.

La Ley 190/2012 interviene de varias maneras: (i) con una revisión del sistema de autorización para asumir cargos externos a la Administración pública; (ii) con la inclusión de una «incompatibilidad posterior», es decir, la prohibición de asumir cargos en empresas privadas después de la terminación del servicio prestado para las Administraciones públicas, que pueda causar la parcialidad del funcionario en el ejercicio de las funciones encomendadas; (iii) con una nueva regulación del régimen de incompatibilidad, referida ya no a todos los empleados públicos, sino solamente a los cargos gerenciales.

12. M. B. CAVALLO, «Incompatibilità e inconferibilità di incarichi», *Trasparenza e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, cit.

La inconfiribilidad, que implica una exclusión temporal de la asignación del cargo, es, por lo tanto, también un instrumento de prevención de la corrupción y de la parcialidad, y con eso, un instrumento del buen gobierno y de la buena administración.

La responsabilidad del cumplimiento de las disposiciones del Decreto es atribuida principalmente a la Administración pública, y en segundo lugar a ANAC, que puede ejercer los poderes de inspección y supervisión.

Sin embargo, ANAC ha señalado varias criticidades del sistema de incompatibilidad y de inconfiribilidad¹³, entre ellas: (i) la ausencia de disposiciones específicas que exijan a las Administraciones competentes llevar a cabo controles sobre la posibilidad de asignación de un cargo público; (ii) la ausencia de una regulación del procedimiento para determinar la imposibilidad de asignación de un cargo público; (iii) la incertidumbre sobre la necesidad de una «declaración de invalidez» de los cargos asignados en violación de la ley; (iv) la incertidumbre del período dentro del cual debería hacerse dicha declaración; (v) la automaticidad de la sanción de suspensión del cargo.

3

Corrupción en el ámbito de los contratos del sector público y el papel jugado por ANAC

Se ha dicho que la transparencia también es un arma contra la corrupción, y uno de los sectores con mayor riesgo de corrupción en Italia es la contratación pública.

La contratación del sector público, como se ha señalado, es objeto de una atención especial por parte de Europa, que ha adoptado, más recientemente, las directivas 2014/24/UE y 2014/25/UE, incorporadas en Italia por el Decreto Legislativo 50/2016 (y el posterior Decreto de modificación) - Código de Contratos del Sector Público, texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Decreto Legislativo n.º 163/2006).

En la ejecución de la primera de dichas directivas (art. 86) y de la obligación de cooperación administrativa, fue también elaborado el «Sistema IMI» (información del mercado interno) para verificar la información y documentación proporcionada por empresas contratistas en otros países europeos.

Italia presenta un marco de referencia en que las normas de transparencia y de lucha contra la corrupción se juntan con las disposiciones específicas relativas a los contratos del sector público.

13. Opinión ANAC de 9 septiembre 2015.

Como se indica en el Informe Anual 2016 de ANAC, la corrupción representa «el abuso del poder público para lograr beneficios personales».

De acuerdo con este esquema, la corrupción es una práctica que se basa en el supuesto de que la comunidad (principal) delegue en el funcionario público (agente) un poder de toma de decisiones para lograr los intereses colectivos, y este último, explotando las asimetrías de información y los límites de los mecanismos de control de la acción administrativa por parte de la comunidad, en violación de la asignación recibida, se haga portador de intereses privados. Este enfoque es conocido en la literatura económica como teoría «principal-agente».

Este esquema es suficientemente extenso para cubrir múltiples formas de corrupción y mala gestión, desde los conflictos de intereses hasta los típicos delitos de corrupción, soborno, y otros delitos contra la Administración pública.

Sobre la base de las diversas definiciones, se han construido algunos índices de medición de la corrupción, tanto «subjetivos», que miden la «percepción» del fenómeno, como «objetivos» (por ejemplo, el índice de percepción de la corrupción –IPC, el índice de control de la corrupción –CCI del Banco Mundial, y los indicadores más amplios, como el índice de integridad pública– IPI, que evalúa la capacidad global de un sistema para resistir la corrupción, teniendo en cuenta aspectos como la apertura de mercados, la libertad de prensa o la transparencia pública).

El tema de la corrupción es un tema del cual se ha hablado mucho en los últimos años.

El legislador ha intervenido repetidamente tanto con la legislación sobre la transparencia como en términos de responsabilidad administrativa y disciplinaria, estableciendo nuevas formas de responsabilidad relacionadas con la figura del funcionario encargado de la prevención de la corrupción¹⁴.

En este último caso, él incluso previó la imputación a una persona «no agente», cuya responsabilidad se presume por el papel que desempeña, y únicamente porque se ha comprobado la comisión de un delito por un funcionario de la misma Administración pública, independientemente de la existencia de una implicación personal en el delito y con inversión, por lo tanto, de la carga probatoria (que pesa sobre la persona que está llamada a probar su inocencia)¹⁵.

14. G. BOTTINO, «La responsabilità amministrativa come strumento di prevenzione e contrasto alla cattiva amministrazione: una mitologia giuridica da decostruire alla luce dei dati quantitativi di riferimento», y V. BERLINGÒ, «Cattiva amministrazione “sistemica” e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, editado por M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Turin, 2016.

Resolución ANAC 28 octubre 2015, n.º 12.

15. Resolución ANAC 28 octubre 2015, n.º 12.

Este enfoque normativo se debe al hecho de que la «mala administración» lamentablemente ahora está generalizada¹⁶.

El panorama no es alentador a pesar de las reformas y de las buenas intenciones que han guiado al legislador.

El punto de partida, con el que lamentablemente tenemos que lidiar, es el de la presencia de un «crimen legal», como se ha definido, que se desarrolla cada vez más a menudo sin la flagrante violación de las normas, sino a través de la práctica de intercambios de favores y promesas indebidas¹⁷.

Es decir, emergen prácticas corruptivas habituales que han llevado a algunos a definir el fenómeno en términos de mala administración «sistémica»¹⁸.

Significativamente, ANAC, con una declaración de 9 de diciembre de 2016, anunció la fundación en París, con motivo del Día Internacional contra la Corrupción, de una red de cooperación internacional entre catorce autoridades nacionales, incluida la italiana, para prevenir la corrupción en la Administración pública.

El camino anticorrupción llevado a cabo hasta ahora en Italia también ha llevado a la firma del Protocolo de cooperación entre ANAC y el BEI (Banco Europeo de Inversiones) el 13 de septiembre de 2016, sobre el intercambio de información; mientras que unos meses antes, en abril de 2016, tras una serie de negociaciones, se firmó un Protocolo de cooperación en la lucha contra la corrupción con la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF), para el intercambio de información y la asistencia operacional y técnica mutua.

ANAC, además, se reunió en varias ocasiones con representantes de las instituciones europeas en asuntos de interés común¹⁹.

El objetivo de la red es promover una cultura internacional de transparencia. Uno de los sectores más expuestos a la corrupción es indudablemente el de la contratación pública, que debería ser un factor estratégico para la recuperación económica y el desarrollo de Europa.

16. M. D'ALBERTI, «Corruzione soggettiva e oggettiva», en *Corruzione e sistema istituzionale*, editado por M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI, Bolonia, 1994.

17. La expresión es de Luigi Gili, presidente del Tribunal de los Condes (Piamonte) –Informe inaugural del año judicial 2016.

18. V. BERLINGÒ, «Cattiva amministrazione “sistemica” e nuove funzioni della responsabilità per danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Actos de conferencia AIPDA, Universidad de Bérgamo, 7 junio 2016, editado por M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Turín, Giappichelli, 2016.

19. Se mencionan: la participación de Italia en el «Workshop experience sharing workshop on preventing corruption in public procurement at the local and regional level», Atenas, 24 y 25 febrero 2016; la audiencia de ANAC por parte de la Comisión Europea en el contexto del segundo ciclo de evaluación sobre el estado de la corrupción en la Unión Europea, 24 octubre 2016; la participación en la reunión de estudio «Twinning/Taiex», Roma, 1 diciembre 2016; y la participación en el proyecto organizado de EUPOL COPPS con la *Palestinian Anticorruption Commission* (PACC).

La Unión Europea, en el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo de 2014, titulado «Informe sobre la lucha contra la corrupción en la UE»²⁰, ofrece un análisis de la corrupción en los Estados miembros y de las medidas adoptadas para prevenir y luchar contra ella, detectando la (triste) primacía de Italia y otros países.

En este informe, significativamente, leemos que los Estados miembros tienen instrumentos legales para luchar contra la corrupción, pero los resultados obtenidos a menudo no son satisfactorios. Esto se debe a que las normas relativas a la corrupción «no siempre se aplican con suficiente determinación y los problemas sistémicos no se abordan con suficiente fuerza», a que las intenciones declaradas están todavía lejos de producir resultados tangibles y, a menudo, parece faltar una voluntad política efectiva para eliminar fenómenos de corrupción.

El papel desempeñado por el sector de los contratos públicos (licitación pública) en la economía del país hace que la situación, si es posible, sea aún más difícil.

La incidencia del gasto en licitaciones y adquisiciones públicas a nivel nacional en los últimos años en Italia ha tenido un impacto en el PIB (producto interior bruto) de más del 10 %.

Además de esto, a menudo debido a la corrupción, los costos de adquisición pública suman entre un 20 % y un 25 % del valor del contrato (y con frecuencia incluso valores más altos, hasta un 50 %)²¹.

La práctica está tan arraigada que, en el pasado, ha llevado a la jurisprudencia a configurar el concepto de «transferencia» de la cantidad de sobornos en los precios de adjudicación del contrato, reconociendo la percepción del soborno automáticamente como un daño²².

El legislador italiano, ya con la introducción del delito de «tráfico ilícito de influencias» (art. 346-*bis* CP), había tratado de frenar la corrupción «endémica» mediante el castigo de la actitud de aquellos que, aprovechando las relaciones o el conocimiento del funcionario público responsable de tomar la decisión, trataran de influir para obtener alguna utilidad.

Finalmente, el sector de la contratación pública ha estado sujeto a regulación debido a la implementación de las directivas europeas de 2014, que están inspiradas en los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad

20. COM(2014) 38.

21. Informe COM(2014) 38, cit.

22. Esta posición ha sido abandonada por la jurisprudencia más reciente y prudente, según la cual la percepción de sobornos no es en sí misma una prueba de la existencia de un daño moral. M. SINISI, «Sistema anticorruzione e responsabilità amministrativa: vecchie e nuove fattispecie e tipologie di danno erariale», *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, editado por M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI, Turín, Giappichelli, 2016.

y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, para asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras de interés general, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En particular, el artículo 1, letra q), de la Ley para la transposición de las directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE (transpuestas en el nuevo Código de Contratos del Sector Público – Decreto Legislativo 50/2016), indicaba entre los principios y criterios orientadores: la «armonización de las normas de transparencia, publicidad, duración y trazabilidad de los procedimientos de adjudicación [...], también con el fin de contribuir a la lucha contra la corrupción, para evitar conflictos de interés y promover la transparencia en el ámbito de la contratación pública y de los contratos de concesión», y entre las medidas de armonización indicó: (i) la identificación explícita de los casos en los que, excepcionalmente, habría sido posible recurrir al procedimiento de participación restringida (procedimiento restringido y procedimiento negociado) sin publicación previa del anuncio de licitación (información previa con el fin de conocer la licitación); (ii) la provisión de un «sistema administrativo, regulado bajo la dirección de ANAC, de sanciones y recompensas por el reporte obligatorio de extorsión y soborno por parte de las empresas».

A pesar de las intervenciones normativas de los últimos cuatro años, el presidente del Tribunal de Cuentas (Piamonte), en el informe inaugural del año judicial 2016, denuncia el entorno normativo y administrativo como «frágil, contradictorio, incierto» y que fomenta el comportamiento corruptor, viendo esto como un grave «fallo de legalidad».

En el contexto de los contratos públicos es necesario verificar la idoneidad de las políticas de gestión del riesgo de corrupción y las actividades llevadas a cabo por ANAC en términos de objetivos y resultados logrados.

Los datos están indicados por el presidente de ANAC en el informe de 2015 y 2016 sobre las actividades llevadas a cabo por la propia ANAC, que ha promulgado numerosos actos de carácter general con respecto a la regulación de los contratos públicos, a través de los cuales trató de proporcionar a los operadores en el sector indicaciones útiles para resolver dudas interpretativas o para llenar vacíos normativos, proporcionándoles criterios y modelos para la gestión de procedimientos de licitación capaces de guiarlos hacia conductas adecuadas para el correcto funcionamiento del mercado. El objetivo es ciertamente deseable, pero aún no se puede decir que se haya logrado el resultado esperado.

La propia ANAC anunció que en la aplicación práctica de las disposiciones reglamentarias para la lucha contra la corrupción hubo «luces y sombras», indicando por ejemplo que la vigilancia sobre el sector de servicios mostró «múltiples anomalías y disfunciones». Por ejemplo, leemos que «en una encuesta de muestra sobre las Administraciones contratantes, destinada a verificar la actividad contractual en el sector de la salud, se reveló un uso excesivo e ilegítimo de las extensiones temporales, en muchos casos activadas ya antes de que el procedimiento para la adjudicación del servicio comenzara -con extensiones que llegaron hasta a tres veces el término original del contrato (y en un caso incluso 13 veces), por un total de 5694 meses de extensión, tanto como el 203 % de las duraciones originales-».

Aparece claro que la evaluación del funcionamiento del sistema debe llevarse a cabo en varios niveles: en el nivel legislativo, en el nivel de vigilancia y en el nivel de la tutela judicial, ya que solo el examen conjunto de estos planes puede comprobar la eficacia del sistema o, por el contrario, revelar la insuficiencia de las medidas proporcionadas.

El marco de evaluación debe tener en cuenta las funciones atribuidas a ANAC por el nuevo Código de Contratos del Sector Público a que se refieren el Decreto Legislativo 50/2016 y el Decreto Legislativo 97/2016 (Decreto Delegado que implementa el artículo 7 de la Ley n.º 124/2015), que intervinieron tanto en el Decreto 33/2013 sobre la transparencia como en la Ley 190/2012, y en particular sobre las disposiciones relativas a la regulación de los programas nacionales de prevención de la corrupción.

Las tareas de ANAC se han descrito atribuyéndole un poder de intervención más amplio e integrado con respecto a las funciones destinadas a garantizar una acción coordinada de control, prevención y lucha contra la corrupción. Esta actividad se junta con la función de supervisión «preventiva», que se implementa a través de actos interpretativos e integradores de la regulación, capaces de guiar la conducta de las Administraciones contratantes y conformar a las buenas prácticas los procedimientos de asignación.

Las tareas de ANAC han sido incrementadas para «flexibilizar la implementación de las reglas y favorecer una regulación [del sector de los contratos públicos] menos expuesta a las anomalías y a la corrupción»²³.

23. Informe del presidente de ANAC, 2015.

4

Las nuevas atribuciones de ANAC y los otros niveles de intervención: búsqueda de un equilibrio

Sin embargo, surge la pregunta de si las nuevas tareas asignadas a ANAC están en línea con los otros planes de intervención o no.

Algunos ejemplos pueden ser útiles para comprender mejor los términos de la pregunta. El nuevo Código proporciona algunos medios de tutela previos al recurso contencioso-administrativo (artículo 211) que tienen por objeto resolver, a petición de las partes interesadas, las «cuestiones planteadas durante los procedimientos de adjudicación».

Las características son similares a las de la resolución alternativa de disputas (ADR). Están configurados como un mecanismo destinado a resolver una disputa antes de su surgimiento y de una manera alternativa a la disputa legal.

El artículo 211 establece que, a iniciativa de las Administraciones contratantes o de una o más de las otras partes, ANAC emitirá un dictamen, después de una audiencia contradictoria, sobre cuestiones surgidas durante los procedimientos de licitación, dentro de los treinta días posteriores a la recepción de la solicitud. El dictamen por parte de ANAC es vinculante y puede ser impugnado con recurso ante los órganos competentes de la justicia administrativa.

En caso de rechazo de la apelación contra la opinión vinculante, el juez evalúa el comportamiento de la parte solicitante que no se conforme.

ANAC tiene el derecho de actuar en los tribunales para la apelación de los actos de licitación, de otros actos generales y de las disposiciones relativas a contratos de gran impacto, emitidos por cualquier poder adjudicador, si considera que violan las normas sobre contratos públicos relacionados con obras, servicios y suministros.

Si considera que un poder adjudicador ha adoptado una disposición viciada por violaciones graves del Código de Contratación Pública, ANAC emitirá un dictamen motivado en el plazo de sesenta días posteriores a la notificación de la violación, indicando específicamente los vicios manifiestos de los actos del procedimiento de adjudicación que ha encontrado. El dictamen se transmite al poder adjudicador; si la Administración contratante no cumple con él dentro del plazo establecido por ANAC, en cualquier caso no más de sesenta días a partir de la transmisión, ANAC puede apelar, dentro de los siguientes treinta días, ante el juez administrativo.

La Ley, en su formulación original, preveía un dictamen vinculante emitido por parte de ANAC sobre el acuerdo de las partes y el acto de recomendación al poder adjudicador de eliminar los actos ilegítimos en autotutela.

Esta facultad se vio reforzada por la imposición de una sanción pecuniaria administrativa directamente al gerente responsable de la Administración contratante, y por la previsión de su impacto en el sistema reputacional de los poderes adjudicadores.

Los asuntos críticos de la Ley, luego reformulados, habían sido expresados por el Consejo de Estado durante la fase consultiva.

Con un primer dictamen de 14 de septiembre de 2016, el Consejo de Estado se expresó sobre el esquema de reglamento de la aplicación del art. 211 del Código de contratos públicos.

En esta circunstancia, también se destacaron otras criticidades de la normativa y surgió la necesidad de que ANAC adoptara una disciplina regulatoria adicional y específica para delimitar las condiciones de ejercicio del poder de «dictamen vinculante» (segundo párrafo del art. 211, posteriormente derogado por el Código). En esta circunstancia el Consejo de Estado expresó perplejidades sobre la contracción excesiva de la investigación procedimental y de las garantías de participación. En este sentido, ha recordado significativamente que las garantías de participación no pueden «reducirse por debajo del estándar mínimo, que es el de la ley sobre el procedimiento administrativo».

La cuestión se refiere a la correlación entre la legalidad sustancial y la legalidad procedimental: cuanto menos la primera esté garantizada debido a la asignación a la autoridad independiente de poderes reguladores y administrativos, mayor es la necesidad de fortalecer las formas de participación de todos los sujetos interesados en el procedimiento para tomar decisiones que afecten a la estructura del mercado.

Los problemas críticos a este respecto son varios; no menos importante, el hecho de que el dictamen previo al recurso solo vincula a aquellos que hayan expresado su voluntad de vincularse, mientras que las otras partes podrán oponerse.

El Consejo de Estado se expresó de nuevo el 28 de diciembre de 2016 (Dictamen n.º 2777) sobre el esquema de regulación de las actividades de supervisión de contratos públicos (y, más en general, sobre el artículo 211, párrafo 2, posteriormente derogado, y el artículo 213 del Código de Contratos).

En esta ocasión ha recordado que el dictamen vinculante es una institución jurídica «difícilmente clasificable en nuestro sistema» y que hay «reservas específicas sobre la introducción de dicha nueva institución, [...] porque lleva a una posibilidad de anulación en autotutela». Dicha anulación no es fácilmente compatible con el marco normativo de referencia y con la presunción de legitimidad de los actos administrativos. El art. 211, párrafo 2, del Código sanciona la negativa a ejercer su poder de autotutela anulando el acto de adquisición, que se debería suponer legítimo hasta que se demuestre lo contrario.

Otro ejemplo se refiere a la regulación de las declaraciones falsas. El artículo 80, párrafo 12, del nuevo Código (*ex art.* 38 Decreto Legislativo 163/2006) establece que «en caso de presentación de declaración falsa o documentación falsa, en la licitación de las líneas de subcontratación, la Administración contratante informará a la Autoridad [ANAC] que, si cree que se haya hecho con dolo o culpa grave en consideración de la importancia y de la gravedad de los hechos a los que la falsedad o la presentación de documentación falsa se refieren, dispone la inscripción en los registros informáticos a los efectos de exclusión de los procedimientos de licitación y asignaciones de subcontratación hasta dos años, después de lo cual se cancela el registro y en cualquier caso pierde eficacia».

El artículo 213 del nuevo Código, párrafo 13 (basado en el artículo 6 del Decreto Legislativo 163/2006), dispone que la Autoridad debe imponer sanciones administrativas pecuniarias «a los operadores económicos que proporcionen a las Administraciones contratantes [...] datos o documentos que no sean ciertos en cuanto al cumplimiento con los requisitos de calificación [...]».

¿Qué sucede si se emite una declaración falsa que es totalmente irrelevante para el propósito de la adjudicación del contrato porque se relaciona con una persona que no estaría obligada por ley a declarar el cumplimiento con los requisitos?

El caso realmente sucedió. La entidad contratante no consideró que lo falso fuera relevante, como para proceder con la exclusión de la empresa, sino que, por el contrario, otorgó el contrato a esa empresa. Al mismo tiempo, sin embargo, siendo requerida por la ley, comunicó la declaración falsa a la Autoridad, que impuso una sanción pecuniaria.

Entonces debemos preguntarnos cuál es el bien que queremos proteger. El «desvalor» de la declaración falsa es ciertamente susceptible de sanción penal. Pero ¿tiene sentido no excluir a la empresa, de hecho otorgarle el contrato, y sancionarla al mismo tiempo?

La ley, de hecho, limita los casos de sanciones a declaraciones falsas con respecto al cumplimiento de los requisitos de calificación.

¿Puede una declaración (aunque sea falsa) hecha por una persona no obligada a emitir declaraciones de cumplimiento con los requisitos de calificación ser considerada relevante para este propósito? ¿Cuáles son los márgenes de evaluación que le quedan a la Autoridad?

En eso nos ayuda la jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado, que en la sentencia de 7 de julio de 2016, n.º 3014, negó la aplicabilidad de la «falsificación inofensiva» en procedimientos de licitaciones públicas.

El Consejo aclaró que en las licitaciones públicas la «falsificación inofensiva» es una institución inexistente, ya que «la exhaustividad de los

enunciados ya es en sí misma un valor que debe perseguirse porque permite, incluso de conformidad con el principio de buena administración y proporcionalidad, la decisión rápida sobre la admisión del operador económico para la selección; por lo tanto, una declaración que no es confiable porque, más allá del elemento subjetivo subyacente, es falsa o incompleta, debe considerarse ya en sí misma perjudicial para los intereses considerados por ley, independientemente del hecho de que la empresa merezca participar» (véase Consejo de Justicia Administrativa (Sicilia), n.º 710/2013 –Consejo de Estado V Sección 3397 de 2013).

Volvamos al punto de partida: ¿cuál es el valor protegido por la ley? ¿ANAC puede sancionar la violación del principio de autorresponsabilidad, para lo cual las declaraciones sustitutivas deben hacerse con diligencia y veracidad, incluso ante una dirección contraria por parte del poder adjudicador?

Suponiendo que ANAC tenga derecho a imponer una sanción pecuniaria, ¿qué resultado obtenemos a nivel práctico? La pregunta es de particular relevancia en el caso en que el contrato se otorgue precisamente a esta empresa. Las posibles soluciones, al menos las de sentido común, parecen ser dos: o bien el procedimiento no condujo a la elección del mejor contratista, y luego, sin embargo, fue afectado el interés no solo del poder adjudicador, sino también de toda la comunidad, sin posibilidad de remedio (dado que la sanción pecuniaria no cancela la adjudicación), o se admite la irrelevancia de la falsedad, y, en este caso, la finalidad de la sanción impuesta es igualmente oscura.

Estas y (muchas) otras son las dudas que permanecen con referencia a los diversos niveles examinados hasta ahora.

5

La regulación anticorrupción como instrumento de prevención y la tutela judicial como medio de corrección: críticas y «fracasos» en la consecución del objetivo común

El nivel de la tutela judicial debe ser evaluado para dar respuesta a la pregunta inicial: ¿todo contribuye a contrarrestar la posibilidad de que los errores o irregularidades se traduzcan en mala administración y corrupción o, por el contrario, el sistema entendido globalmente manifiesta una desalineación entre objetivos y resultados?

La tutela judicial es el medio fundamental para restablecer el principio de legalidad que dirige la acción de la Administración pública. En este sentido, el propósito de una evaluación de la eficacia de las nuevas medidas,

se debe hacer referencia a las reformas jurisdiccionales. En el nuevo juicio abreviado que fue introducido (art. 204 del Decreto Legislativo 50/2016) y posteriormente derogado por el Decreto-ley 32/2019, el cual fue convertido por la Ley de 14 de junio de 2019, n.º 55, se exige apelar en un plazo de treinta días a partir de la publicación en el perfil del cliente de la disposición para la exclusión del procedimiento de adjudicación, o para las admisiones de otros licitadores, basada en la evaluación de los requisitos subjetivos, económico-financieros y técnico-profesionales. La apelación es independiente de cualquier referencia al conocimiento completo de la disposición y de las razones de la misma²⁴. Una vez que este plazo ha pasado, los actos se vuelven inapelables. Por Orden del Tribunal Administrativo Regional de Piamonte, Secc. I, de 17 de enero de 2018, n.º 88, las siguientes cuestiones prejudiciales se han remitido al Tribunal de Justicia de la Unión Europea: «si la legislación europea sobre el derecho de defensa, el juicio justo y la efectividad sustancial de la tutela, en particular, los artículos 6 y 13 del ECHR, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 1 de la Directiva 89/665/CEE, 1 y 2 de la Directiva, es óbice para la legislación nacional, como el art. 120, párrafo 2 bis, CPA, que exige que el operador que participe en un procedimiento de licitación impugne la admisión / no exclusión de otro licitador en un plazo de treinta días a partir de la comunicación de la disposición de admisión / exclusión de los licitadores; si la legislación europea sobre el derecho de defensa, el debido proceso y la efectividad de la tutela, en particular, los artículos 6 y 13 del ECHR, art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el art. 1 de la Directiva 89/665/CEE, 1 y 2 de la Directiva, es óbice a la legislación nacional como el art. 120, párrafo 2a, CPA, que impide al operador económico afirmar [...] la ilegalidad de actos de admisión de otros licitadores [...] sin haber impugnado previamente el documento de admisión dentro del plazo antes mencionado»²⁵. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a pesar de las críticas obvias, no encontró un contraste con la legislación europea²⁶.

24. M. A. SANDULLI, «I nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto europolitano e la Costituzione», www.lamministrativista.it; M. LIPARI, «La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo codice dei contratti pubblici», www.federalismi.it; G. SEVERINI, «Il nuovo contenzioso sui contratti pubblici (l'art. 204 del Codice degli appalti pubblici e delle concessioni ovvero il nuovo art. 120 del Codice del processo amministrativo)», www.giustizia-amministrativa.it.

25. Anticipado, en las conclusiones formuladas en él, por M. SINISI, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Giappichelli, Turín, 2017.

26. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Secc. IV, Orden 14 febrero 2019, C-54/18.

El operador económico se encuentra obligado a impugnar las admisiones de todos los licitadores al procedimiento de adjudicación, sin saber aún quién será el ganador y sin saber si él mismo ocupará un lugar útil para obtener la adjudicación del contrato.

En otras palabras, es necesario que el competidor promueva la acción judicial sin ninguna garantía de que esta iniciativa pueda garantizarle una utilidad práctica. De esta manera también el licitador que presente una oferta que luego resulte no competitiva después de la selección, será llamado a asumir los cargos relacionados con el juicio abreviado, es decir, por promover una apelación innecesaria e ineficaz.

Los aspectos críticos del nuevo tipo de sentencia radican en el hecho de que implica una tutela judicial objetiva, en la cual la acción no se caracteriza por un interés actual del solicitante y por un perjuicio concreto a su situación jurídica subjetiva. Por lo tanto, las normas impugnadas han introducido un tipo de juicio que se califica como un juicio jurídico objetivo, contrario a los principios europeos, que devuelve el derecho de acción al derecho del único sujeto titular de un interés actual y concreto; un interés que, en el caso del procedimiento de adjudicación, consiste en obtener la adjudicación o la oportunidad derivada de la renovación del procedimiento.

Esto conlleva el principio de la inmediatez de la lesión resultante de la medida controvertida con respecto a la (necesaria) actualidad de reacción judicial. Por otra parte, la parte privada encargada de proponer un juicio de acuerdo con el esquema del recurso especial en materia de contratación (juicio abreviado —«súperacelerado»— para la rápida resolución de los procesos) no solo no tiene un interés actual, sino que también sufre daños, por lo que respecta tanto al desembolso económico que está conectado a la proposición de varios recursos contra la admisión de todos los licitadores (en número potencialmente muy grande), como a la habilitación profesional, necesaria para realizar la prestación, de la compañía que propone la apelación, que identifica como un parámetro de evaluación (negativo) el impacto del operador económico que activa las disputas sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos.

La violación de los principios europeos es aún más evidente cuando se hace el acceso a la justicia administrativa excesivamente gravoso.

A esto se agrega la violación del principio de proporcionalidad, que se extiende a todo el ordenamiento jurídico, y que requiere que la legislación nacional no exceda los límites de lo que es apropiado y necesario para el logro de los fines legítimamente perseguidos por cada Estado.

El Consejo de Estado ya había destacado, en la opinión sobre el proyecto de decreto, la necesidad de que la apelación inmediata de la admisión

y exclusión de los licitadores al procedimiento de adjudicación estuviera acompañada de ciertos tiempos de conocimiento y acceso a la misma²⁷.

Otra limitación es la ejecución de la propuesta de un recurso acumulativo en el caso de la presentación de ofertas para varios lotes, a menos que se deduzcan «motivos de apelación idénticos». Esta disposición puede dar lugar a una violación del derecho de defensa (artículo 120, párrafo 11 *bis*, CPA).

Por último, cabe destacar la disposición según la cual, en la decisión sobre la suspensión cautelar de la ejecución del acto recurrido, el tribunal tendrá en cuenta «los requisitos imperativos relacionados con un interés general en la ejecución contractual» (art. 120, párrafo 8 *bis*, CPA), que a su vez se cumple el *ex lege* interés de la prevalencia de la ejecución del contrato en detrimento de la demandante. Por el contrario, la importancia debe concederse a la oferta que cumpla con los requisitos de la ley y las necesidades de la Administración pública y el interés general.

Todos estos pronósticos parecen más bien desalentar la proposición del recurso especial contra el acto ilegítimo de adjudicación.

Como se anticipó, con la Ley 55/2019, que convirtió el Decreto-ley n.º 32 de 2019, el procedimiento «súperacelerado» (proceso abreviado) fue derogado.

Esto representa un paso importante para garantizar la eficiencia en sentencias relativas a contratos públicos.

Sin embargo, como ha demostrado el presente estudio, la transparencia y la lucha contra la corrupción implican una multiplicidad de perfiles y aún se está lejos de una regulación adecuada de la disciplina, que sea adecuada para obtener los resultados deseados.

Por tanto, el marco, a pesar de los esfuerzos realizados en la dirección de la lucha contra la corrupción, parece más un punto de manifestación de las deficiencias e incertidumbres que, si no se corrigen adecuadamente, amenazan con socavar todos los esfuerzos para hacerlo.

27. Consejo de Estado, Comisión Especial, opinión 1 abril 2016, n.º 855.

El contencioso de los servicios públicos como mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad en Venezuela

JESSICA VIVAS ROSO

Profesora de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela.

Profesora de la Especialización en Gerencia del Sector Público de la Universidad Católica Andrés Bello

1. Introducción
2. Los servicios públicos en la Constitución venezolana de 1999
 - 2.1. Servicios públicos consagrados como derechos fundamentales
 - 2.2. Obligaciones constitucionales en materia de servicios públicos
 - 2.3. De los servicios públicos domiciliarios
 - 2.3.1. Del servicio de agua potable
 - 2.3.2. Del servicio eléctrico
 - 2.3.3. Del servicio de aseo urbano
 - 2.4. La crisis de los servicios públicos domiciliarios en Venezuela
3. El contencioso de los servicios públicos como mecanismo para garantizar el derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad
4. La ineficacia del contencioso de los servicios públicos para dar respuesta a la crisis en Venezuela
 - 4.1. Limitación a las pretensiones de los particulares
 - 4.2. Necesidad de realizar gestiones previas ante la Administración
 - 4.3. Inexistencia de los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso-administrativa
 - 4.4. Uso de otros procedimientos judiciales para conocer de acciones de reclamación por prestación de servicios públicos
5. Reflexiones finales
6. Bibliografía

Artículo recibido el 16/05/2019; aceptado el 10/07/2019.

Resumen

En el artículo se revisa el procedimiento contencioso-administrativo de los servicios públicos previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y se exponen las incidencias prácticas que lo convierten en un mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho al suministro de servicios públicos de calidad en Venezuela.

Palabras clave: *servicios públicos; tutela judicial efectiva; universalidad del control contencioso administrativo.*

The administrative contentious judicial review of public services as an ineffective mechanism for guaranteeing an effective judicial review of the right to quality public services in Venezuela

Abstract

This article reviews the contentious administrative process of public services articulated by the Organic Law of Contentious Administrative Jurisdiction. It also points out the practical incidents that make it an ineffective mechanism to guarantee an effective judicial protection of the right to quality public services in Venezuela.

Keywords: public services; effective judicial protection; universality of contentious administrative control.

1

Introducción

Venezuela atraviesa desde hace más de 5 años una fuerte crisis económica, política y social que no solamente ha impactado en el funcionamiento de las instituciones del Estado, sino que además ha ocasionado un detrimento en la calidad de vida de sus ciudadanos. Entre las áreas más afectadas por dicha situación se encuentran los servicios públicos; específicamente, los de carácter domiciliario (suministro de agua, electricidad, aseo urbano, Internet, entre otros), lo que se traduce en la afectación de derechos de los venezolanos.

La Constitución de 1999 ha sido catalogada como una constitución de servicios públicos¹; en ella se constitucionaliza la noción de «servicio público» y se catalogan varias actividades prestacionales como obligaciones estatales. Consagra adicionalmente el derecho a la tutela judicial efectiva, y reconoce la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa como jurisdicción especial, capaz de controlar todos los actos dictados por los órganos del Estado con competencia para conocer «de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa»².

Como una materialización de esa jurisdicción especial, se dicta en el año 2010 la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que incorpora un procedimiento breve para reclamaciones ante la omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos. Sin embargo, a casi 10 años de la entrada en vigor del texto legal y frente a la actual crisis de los servicios públicos domiciliarios, el procedimiento resulta ineficaz para satisfacer las demandas ciudadanas.

Por ello, en el artículo se exponen las incidencias prácticas que derivan de la aplicación del contencioso de los servicios públicos, y que lo convierten en un mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad en Venezuela.

2

Los servicios públicos en la Constitución venezolana de 1999

Es sabido que el Estado actúa para el cumplimiento de unos determinados fines —entre los que se encuentra la satisfacción de las necesidades de sus ciudadanos procurando el bien común—, los cuales no solo sirven de fundamento para que la Administración actúe de forma coactiva o a través de medidas de fomento, sino que a su vez la convierten en la primera obligada a proporcionar bienes y servicios óptimos y de calidad a los ciudadanos.

1. BREWER-CARÍAS, A., «El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela», ponencia presentada en el *IV Congresso da Associação de Direito Publico do Mercosul*, Curitiba, Brasil, 22, 23 y 24 mayo 2002 (consultado el 15 de abril de 2019), p. 7. Disponible en: <http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%2020857.%20EL%20REGIMEN%20CONSITUCIONAL%20DE%20LOS%20SERVICIOS%20PUBLICOS%20BRASIL%20CURITIBA%202002.pdf>

2. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda n.º 1*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 5908 Extraordinario, Caracas, 19 de febrero de 2009, p. 32.

Así, es necesario comprender lo que cada Estado define como servicios públicos con el objetivo de determinar qué tipos de actividades deben ser garantizados por el Estado y prestados bajo un régimen de derecho público, y cuáles pueden ser desarrollados por los particulares bajo un esquema de libre competencia, bien entendido que «los servicios públicos actúan constantemente a nuestro alrededor, es decir, existen, si bien necesitados de una profunda renovación»³. Adicionalmente, la existencia de un servicio público determina la atribución de la competencia a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Constitución venezolana de 1999 –a diferencia de su predecesora del año 1961– enlista un conjunto de actividades como servicio público, y además establece sobre los órganos y entes del Estado un conjunto de obligaciones que según BREWER-CARÍAS generan 2 consecuencias necesarias sobre los ciudadanos: 1) el derecho de acceder y disfrutar de los servicios públicos; 2) la restricción de la libertad económica de los particulares, que se verá limitada a desarrollar aquella actividad prestacional calificada como servicio público⁴.

2.1

Servicios públicos consagrados como derechos fundamentales

Entre los derechos que fueron reconocidos en la Constitución de 1999 como servicios públicos cuyo suministro está encargado al Estado, se encuentran los siguientes: 1) el derecho a la salud, al establecerse en el artículo 84 que los «bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados»⁵; 2) el derecho a la seguridad social, previsto en el artículo 86 como servicio público no lucrativo que garantice la salud y la protección en casos de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez o discapacidad, entre otros; 3) el derecho a la educación, reconocido en el artículo 102 como un servicio público que estará fundamentado en todas las corrientes del pensamiento; y por último, 4) los servicios públicos de radio, televisión, redes de biblioteca y de informática, reconocidos en el artículo 108 constitucional.

3. CUÉTARA, J. DE LA, «Aproximación a la Regulación de Servicio Público como nuevo paradigma para la Prestación de Servicios Económicos», *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1977, p. 127.

4. BREWER-CARÍAS, A., «El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela», ob. cit., p. 3.

5. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda n.º 1*, ob. cit., p. 21.

2.2

Obligaciones constitucionales en materia de servicios públicos

A la par del reconocimiento constitucional de los servicios públicos, el texto de 1999 impone al Estado un conjunto de obligaciones que constituyen para el ciudadano la garantía del disfrute efectivo de dichos servicios. Así, el artículo 83 establece como obligación del Estado garantizar el derecho de salud de los ciudadanos como parte del derecho a la vida, para lo cual «creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud» (artículo 84).

En materia de seguridad social, el artículo 86 dispone que el Estado tiene que asegurar este derecho creando un sistema de seguridad social universal, integral, unitario, eficiente y participativo. En materia de educación, el artículo 103 señala que el Estado «creará y sostendrá instituciones y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso, la permanencia y culminación en el sistema educativo»⁶.

En materia de medios de comunicación, el artículo 108 indica que el Estado deberá garantizar servicios públicos de radio, televisión y redes de biblioteca y de informática para permitir el acceso universal a la información.

Aunado a ello, la Constitución de 1999 prevé la forma como deben prestarse dichos servicios públicos. En este sentido el artículo 112 indica que el Estado promoverá la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, los cuales, por disposición del artículo 117, deben ser bienes y servicios de calidad.

2.3

De los servicios públicos domiciliarios

Otra categoría de servicios públicos constitucionalizada en el texto venezolano de 1999 son los servicios públicos domiciliarios. El artículo 156, apartado 29, establece como competencia del Poder Público Nacional el régimen general de los servicios públicos domiciliarios, identificando como tales: electricidad, agua potable y gas; y el artículo 178, al indicar las materias competencia de los municipios, indica que a estos corresponden, entre otros: 1) el aseo urbano y domiciliario, que comprende los servicios de limpieza, recolección y tratamiento de residuos; y 2) los servicios de agua potable, electricidad y gas doméstico.

6. ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda n.º 1*, ob. cit., p. 23.

Los servicios públicos domiciliarios buscan satisfacer necesidades esenciales de las personas, por su cercanía al ciudadano, y de ahí que la Constitución de 1999 acertadamente haya atribuido la competencia de la prestación de los mismos a los municipios, por ser la unidad política primaria de la organización nacional⁷.

Resulta necesario señalar que la legislación promulgada con posterioridad a la Constitución de 1999 cuyo objeto ha sido regular los diversos tipos de servicios públicos domiciliarios, lejos de atender a los postulados constitucionales, ha procurado centralizar la prestación de estos servicios en el Ejecutivo Nacional, eliminando, suprimiendo o modificando las competencias que fueron atribuidas a los municipios. Esta situación puede observarse con los servicios de agua potable y electricidad, los cuales en la actualidad son prestados por empresas públicas estatales dependientes de la Administración Pública Nacional.

2.3.1

Del servicio de agua potable

En el año 2001 se promulgó la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento, reformada en el año 2007⁸, cuya finalidad es regular la prestación de los servicios públicos de agua potable y de saneamiento, así como establecer el régimen de fiscalización, control y evaluación de los mismos.

El artículo 6 de la Ley delimita qué actividades conforman el servicio público de agua potable, al señalar que comprende «la entrega de agua a los suscriptores o usuarios mediante la utilización de tuberías, de agua apta para el consumo humano, incluyendo su conexión y medición, así como los procesos asociados de captación, conducción, almacenamiento y potabilización»⁹.

Se observa que la Ley precisa las características que debe cumplir el servicio de agua potable, entre ellas, que esta debe ser apta para el consumo humano, pensada esta condición desde la visión constitucional de los servicios públicos, que deben ser de calidad.

7. Véase artículo 168 Constitución venezolana de 1999.

8. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 38 763, Ordinario, Caracas, 6 de septiembre de 2007, pp. 356 687 y ss.

9. *Ibidem*, p. 356 689.

En cuanto al reparto de competencias entre los poderes públicos para asegurar la prestación del servicio de agua potable, se destaca que el artículo 9 de la Ley dispone como competencia del Poder Nacional aprobar las políticas, estrategias generales y planes sectoriales atendiendo a los objetivos de desarrollo económico y social del país; las normas generales de prestación de los servicios; así como fiscalizar, controlar y sancionar los comportamientos de los agentes; correspondiendo a los municipios prestar, «directamente o a través de terceros, de manera eficiente los servicios de agua potable y de saneamiento, de acuerdo con las políticas, estrategias y normas fijadas por el Poder Ejecutivo Nacional»¹⁰.

Con fundamento en ello, la Ley ordena la transferencia de los servicios prestados por el Ejecutivo Nacional a través de la Compañía Anónima Hidrológica Venezolana (HIDROVEN) a los municipios, otorgando para ello un lapso de 6 años a partir de la publicación de la Ley¹¹, e indicando que mientras esa transferencia no se produzca los entes que prestaban el servicio para la fecha de promulgación de la Ley continuarían en su labor, bajo la supervisión de la Compañía Anónima Hidrológica Venezolana (HIDROVEN).

Se destaca que, transcurridos 18 años de la promulgación de la Ley y 12 años de su reforma, la transferencia de los servicios de agua potable del Ejecutivo Nacional hacia los municipios no se ha concretado; muy al contrario, para el año 2019 Venezuela cuenta con 17 empresas filiales y descentralizadas, supervisadas por la Compañía Anónima Hidrológica Venezolana (HIDROVEN)¹², de las cuales solo 4 se encuentran adscritas a los municipios.

Resulta evidente entonces la contradicción de la normativa constitucional y legal, así como la desnaturalización del carácter domiciliario del servicio de agua potable, al ser prestado por un órgano nacional que no necesariamente resulta cercano a las necesidades ciudadanas, sobre todo en aquellas zonas alejadas de la capital de la República o del lugar donde tienen su sede las empresas que dependen directamente del Ejecutivo Nacional.

10. Ver artículo 11 de la Ley en: ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*, ob. cit., p. 356 689.

11. Ver disposición transitoria décima en: Ibídem, p. 356 699.

12. Al respecto véase: BAUSSON, N., «Servicio de Agua Potable y Saneamiento», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018 (consultado el 15 de abril de 2019), p. 37-38. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudios-sector-agua/>. Los entes municipales identificados en el estudio son: 1) Aguas de Anaco, en el estado Anzoátegui; 2) Aguas de Capitanejo y Aguas de Zamora, en el estado Barinas; 3) Aguas de Mérida, en el estado Mérida; y 4) Instituto Municipal Aguas de Sucre (IMAS), municipio Sucre del estado Miranda.

2.3.2

Del servicio eléctrico

En el año 2001 se dictó la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico, posteriormente derogada en el año 2007 por la Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico que actualmente regula las actividades de generación, transmisión, despacho del sistema eléctrico, así como su distribución y comercialización¹³.

Esta Ley limita considerablemente las atribuciones de los municipios en materia de servicio eléctrico, al establecer en su artículo 8 que el Estado se reserva las actividades de «generación, transmisión, distribución y comercialización, a través del operador y prestador del servicio; así como la actividad de Despacho del Sistema Eléctrico, a través del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de Energía Eléctrica»¹⁴. Aun cuando el artículo 178 de la Constitución de 1999 establece que es de competencia local la prestación de los servicios de electricidad, agua potable y gas.

Adicionalmente, el artículo 32 de la Ley establece como atribuciones de los municipios, entre otras: 1) apoyar al ministerio con competencia en materia de energía eléctrica en la fiscalización de la calidad del servicio eléctrico en los territorios que correspondan a su jurisdicción; 2) participar con el ministerio con competencia en materia de energía eléctrica en la planificación para la prestación del servicio eléctrico; 3) propiciar la organización de usuarios en la vigilancia de la calidad del servicio eléctrico; 4) colaborar con el operador y prestador del servicio en la mejora del servicio eléctrico en su jurisdicción; mientras que el artículo 52 señala que el municipio puede ejercer actividades para garantizar el alumbrado público como parte de la actividad de distribución del servicio eléctrico, entendiendo como tal la iluminación en zonas de dominio y acceso público, y demás espacios de libre circulación.

Es decir, más allá de la competencia en materia de alumbrado público, los municipios son órganos de apoyo y colaboración en materia de prestación del servicio eléctrico en Venezuela, contrariamente a la atribución constitucional hecha a los mismos, destacándose que desde el año 2007 toda la responsabilidad de la prestación del servicio eléctrico en Venezuela recae sobre la Corporación Eléctrica Nacional (CORPOELEC), una empresa propiedad del Estado dependiente del Ejecutivo Nacional¹⁵.

13. Véase artículo 1 en: ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 39 573, Ordinario, Caracas, 14 de diciembre de 2010, pp. 381 792 y ss.

14. *Ibidem*, p. 381 972.

15. SATURNO, S., «Sector Eléctrico», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018 (consultado el 15

2.3.3

Del servicio de aseo urbano

Una de las competencias municipales atribuidas en la Constitución de 1999 que no sufrió mayores modificaciones con una posterior regulación legal, es la relativa al servicio de aseo urbano y domiciliario. En el año 2010 se dicta la Ley de Gestión Integral de la Basura, que regula la recolección, el aprovechamiento y la disposición final de los residuos y desechos sólidos¹⁶, señalándose en su artículo 9 como competencias municipales, entre otras: 1) la gestión del servicio de aseo urbano, rural y domiciliario; 2) prestar los servicios de aseo público y domiciliario que comprenden la limpieza, recolección, transporte y tratamiento de residuos sólidos; 3) el establecimiento del régimen de tasas, tarifas o contraprestaciones por la prestación del servicio.

Este servicio es gestionado dependiendo de la capacidad de cada entidad local; algunas entidades locales prestan el servicio de aseo urbano a través empresas públicas, mixtas o privadas, mientras que otras lo realizan a través de institutos autónomos o bajo la forma de mancomunidades¹⁷.

2.4

La crisis de los servicios públicos domiciliarios en Venezuela

La crisis económica, política y social que ha vivido Venezuela en los últimos años ha impactado directamente en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, lo que no solamente ha traído como consecuencia que estos servicios no atiendan a criterios de calidad como establece la Constitución de 1999, sino que ha generado adicionalmente una deficiencia en la prestación de los servicios públicos que ha impactado sobre los derechos de los ciudadanos.

En el caso del agua potable, las deficiencias están relacionadas: 1) con la prestación del servicio, es decir, los venezolanos no reciben en sus hogares agua potable todos los días; 2) con la calidad del agua, dado que, en ocasio-

de abril de 2019), p. 78. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudio-sector-electrico/>

16. Al respecto véanse artículos 1 y 2 en: ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de gestión integral de la basura*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 6017, Extraordinario, Caracas, 30 de diciembre de 2010, pp. 18 y ss.

17. BAUSSON, N., «Servicio de recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018 (consultado el 15 de abril de 2019), pp. 48-57. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudio-sector-basura/>

nes, el agua que se recibe es de color oscuro/marrón, por lo que el Gobierno nacional no publica los indicadores sobre potabilización del agua.

En el mes de junio de 2018, Caritas Venezuela afirmaba que en Venezuela el 73 % del total de las familias no tenía acceso continuo a agua potable, y de ellas solo el 57 % tenía acceso al agua potable 3 días a la semana¹⁸.

En el mes de noviembre de 2018 las organizaciones Fundación Tierra Viva y Coalición Clima21¹⁹, al analizar la situación del derecho al agua en el Área Metropolitana de Caracas, advierten sobre que 3 de cada 4 caraqueños no reciben el suministro de agua regularmente, y su calidad es cuestionada, a tal punto que se asocia la escasez de agua con la aparición o el incremento de enfermedades tales como amibiasis, diarreas (principalmente en niños), giardiasis, helmintiasis y hepatitis aguda tipo A²⁰.

Por otro lado, en el caso del servicio eléctrico es importante resaltar los hechos ocurridos en Venezuela en el mes de marzo de 2019, cuando sus habitantes padecieron el apagón eléctrico más prolongado de su historia contemporánea²¹, generado por la falta de mantenimiento de las instalaciones eléctricas existentes, derivada de la inversión inadecuada de los recursos destinados para el sector eléctrico. El colapso en el servicio eléctrico trajo consigo: pérdida de alimentos y medicinas que requerían refrigeración; ausencia total de servicios de comunicación fija, móvil e Internet por períodos superiores a 24 horas en todo el país; desabastecimiento de combustible para vehículos; desabastecimiento de agua potable; paralización de actividades del servicio de transporte subterráneo Metro de Caracas; emergencias y fallecimientos en hospitales de todo el país²².

En el caso del servicio de aseo urbano y domiciliario, se debe indicar que las deficiencias en la prestación del servicio no son de fecha reciente. La Contraloría General de la República, en informe especial sobre el manejo de los desechos sólidos en los municipios que integran el Área Metropolitana de

18. MONTES, S., «En Venezuela, 73 % del total de las familias no tiene acceso a agua potable», *La República*, 26 de junio de 2018 (consultado el 17 de abril de 2019). Disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/venezuela-en-picada/en-venezuela-73-del-total-de-las-familias-no-tiene-acceso-a-agua-potable-2742641>

19. ÁLVAREZ, A., NOVO, I. y LUY, A., *#SinAgua. Situación del derecho al agua potable en Venezuela: Caso Área Metropolitana de Caracas*, Coalición Clima21 - Fundación Tierra Viva, Caracas, 2018 (consultado el 17 de abril de 2019), pp. 18 y ss. Disponible en: <http://desarrollosustentable.com.ve/wp-content/uploads/Informe-sinagua-COLOR.pdf>

20. *Ibidem*, p. 22.

21. Se afectaron 22 de los 23 estados del país, y en algunas ciudades la falta del servicio eléctrico se prolongó por más de 80 horas.

22. RAMOS, G., «Marzo inició y cerró con apagones generales en Venezuela», *El Pitazo*, 27 de marzo de 2019 (consultado el 17 de abril de 2019). Disponible en: <https://elpitazo.net/gran-caracas/cronologia-marzo-inicio-y-cerro-con-apagones-generales-en-venezuela/>

Caracas²³, del año 2010, ya señalaba que existían deficiencias administrativas y de control interno que afectaban el desarrollo de las actividades relacionadas con el manejo de los desechos sólidos de origen doméstico, comercial e industrial. Por su parte, el Observatorio Venezolano de Servicios Públicos, en abril de 2019, afirmó que el 52 % de la población no percibía con regularidad el servicio de aseo urbano, siendo las ciudades más afectadas Maracaibo, Ciudad Bolívar y San Cristóbal, todas ubicadas en las zonas fronterizas de Venezuela²⁴.

3

El contencioso de los servicios públicos como mecanismo para garantizar el derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad

La Constitución venezolana de 1999 consagra, entre otros, el derecho a recibir servicios públicos de calidad, imponiendo sobre los órganos y entes del Estado –en atención a la atribución de competencias correspondientes– garantizar la prestación de determinados servicios públicos bajo los parámetros del texto constitucional.

En el caso de los servicios públicos domiciliarios de agua, servicio eléctrico y aseo urbano, la competencia para la prestación de los mismos, y, en consecuencia, la obligación de que sean prestados con parámetros de calidad, recae fundamentalmente en el Ejecutivo Nacional y en los municipios.

Se destaca que a la par de la obligación de los órganos del Estado de garantizar que los servicios públicos domiciliarios se presten atendiendo a criterios de calidad, surge la necesidad de establecer mecanismos de control jurisdiccional que permitan la tutela del derecho al suministro de dichos servicios, cuando exista negligencia, deficiencia o irregularidad en la prestación de los mismos.

Para ello, la Constitución reconoció en su artículo 259 la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa encargada de revisar la actuación de los órganos y entes públicos, incluyendo las reclamaciones por la presta-

23. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Actuación coordinada en el Sistema Nacional de Control Fiscal relacionada con el manejo de los desechos sólidos en los municipios que integran el Área Metropolitana de Caracas* (consultado el 17 de abril de 2019), pp. 10 y ss. Disponible en: http://www.cgr.gob.ve/site_informes_especial.php?Cod=028&y=2019

24. «Fallas en el aseo urbano vulneran condiciones sanitarias y ambientales de la población», *Informe21.com*, 11 de abril de 2019 (consultado el 17 de abril de 2019). Disponible en: <https://informe21.com/actualidad/fallas-en-el-aseo-urbano-vulneran-condiciones-sanitarias-y-ambientales-de-la-poblacion>

ción de los servicios públicos²⁵. Sin embargo, desde el año 1999 –momento en el que se aprueba un nuevo texto constitucional en Venezuela– hasta el momento en el que se aprobó la Ley especial que regularía las competencias y los procedimientos en materia contencioso-administrativa –año 2010– transcurrieron casi 10 años en los cuales no existía un procedimiento delimitado para reclamar la deficiencia, demora o mala prestación de los servicios públicos, correspondiendo a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa delimitar y construir el procedimiento para la reclamación en materia de servicios públicos.

Esta situación, sin lugar a dudas, constituyó una de las primeras limitaciones para garantizar el disfrute efectivo del derecho a recibir servicios públicos de calidad, toda vez que el particular, al momento de presentar una reclamación ante los órganos de justicia, quedaba a merced del criterio judicial predominante para la época sobre cuál era el mecanismo procedimental idóneo para tramitar su reclamación.

Así, previo a la aprobación de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los tribunales admitieron la posibilidad de utilizar la acción de amparo constitucional como mecanismo jurisdiccional para resguardar los derechos constitucionales lesionados como consecuencia de la prestación de un servicio público, mientras que la doctrina consideraba que, dependiendo del tipo de reclamación que presentara el particular, también eran admisibles la demandas contra los entes públicos y la nulidad de actos de efectos particulares²⁶.

En el mes de junio de 2010 se promulga la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que regularía la organización, funcionamiento y competencia de los tribunales que forman esta jurisdicción especial²⁷, y que contempla un procedimiento breve aplicable en casos de omisión, demora o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Así, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los venezolanos contarían con un procedimiento claro y definido para tramitar sus pretensiones relacio-

25. Ver artículo 259 en: ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda n.º 1*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 5908 Extraordinario, Caracas, 19 de febrero de 2009, p. 32.

26. BADELL, R., «Descentralización y Desconcentración del Contencioso Administrativo y el Contencioso de los Servicios Públicos», conferencia presentada en las *Jornadas sobre El Proceso Contencioso Administrativo y Constitucional*, Barquisimeto, 16 de noviembre de 2001 (consultado el 20 de abril de 2019). Disponible en: <http://www.badellgrau.com/?pag=71&ct=254>

27. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 39 451 Ordinario, Caracas, 22 de junio de 2010, pp. 377 329 y ss.

nadas con los servicios públicos –entre los que se deben incluir los servicios públicos domiciliarios–, siendo este el mecanismo a través del cual se debería tutelar el derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad.

4

La ineficacia del contencioso de los servicios públicos para dar respuesta a la crisis en Venezuela

A casi 10 años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se puede afirmar que el procedimiento para la reclamación en materia de servicios públicos no constituye un mecanismo judicial eficaz para garantizar el derecho a disfrutar de servicios públicos de calidad, y mucho menos para presentar posibles soluciones a la crisis en materia de servicios públicos domiciliarios que se vive en Venezuela.

Para sustentar esta afirmación se presentan algunas de las debilidades contenidas en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, o que han derivado de la implementación del procedimiento contencioso de los servicios públicos por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.1

Limitación a las pretensiones de los particulares

Uno de los primeros aspectos a resaltar es el tipo de pretensiones que pueden ser reclamadas por el procedimiento de los servicios públicos. El artículo 65 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece que se tramitarán por el procedimiento breve las demandas relacionadas con reclamaciones por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos cuando la reclamación no sea de carácter patrimonial o indemnizatorio²⁸.

Ello significa que, en un caso de deficiencia en la prestación del servicio eléctrico, por ejemplo: desabastecimientos recurrentes del servicio, que generen el daño de algún artefacto electrodoméstico, el particular se ve impedido a reclamar, por el procedimiento contencioso de los servicios públicos, los daños generados como consecuencia de la deficiente prestación del servicio eléctrico, lo cual se traduce en un impedimento al disfrute efectivo del derecho a servicios públicos de calidad. En estos casos, corresponderá al

28. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., p. 377 334.

particular, con posterioridad a la declaración pública de deficiencia, demora u omisión en la prestación de determinado servicio público, ejercer una nueva demanda, solo para reclamar los daños y perjuicios generados por la mala administración de los servicios públicos.

Adicionalmente, quedarían excluidas de este procedimiento las acciones derivadas a cobros indebidos de las contraprestaciones pagadas por el disfrute de los servicios; las controversias surgidas entre concesionarios o contratistas y la Administración; o las derivadas de contratos administrativos que tengan por objeto determinados servicios públicos²⁹.

Ello implica que el procedimiento breve previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa constituye un mecanismo procesal que busca la declaración pública, por parte de un órgano jurisdiccional, de la mala actividad administrativa en materia de servicios públicos, y que no permite por sí mismo el restablecimiento de las situaciones jurídicas infringidas a los particulares.

4.2

Necesidad de realizar gestiones previas ante la Administración

El artículo 66 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa coloca como limitante para el ejercicio de la acción de reclamación por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, la necesidad de acudir previamente al órgano encargado de prestar determinado servicio público y presentar la reclamación o queja³⁰.

La norma no señala las condiciones o características que deben cumplir los trámites previos que debe realizar el particular frente a la Administración, o cuál es la documentación que debe acompañarse junto a la demanda para dar cumplimiento a lo dispuesto en el mencionado artículo 66; sin embargo, los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han declarado inadmisibles algunas acciones, cuando no se acredita adecuadamente el cumplimiento de los extremos previstos en este artículo.

En este sentido, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n.º 00384 de fecha 25 de abril de 2012, indicó lo

29. UROSA, D., «Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio», en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 4, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2014, pp. 89-108 (consultado el 20 de abril de 2019). Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/04/Daniela-Urosa-Maggi.pdf>

30. ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, ob. cit., p. 377 335.

siguiente: «los efectos de la admisión de la demanda, corresponde al Órgano Jurisdiccional constatar no solo el cumplimiento de los requisitos que deberá expresar el escrito presentado, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 33 de la Ley bajo examen, sino que además, el demandante debe acompañar los documentos indispensables para verificar su admisibilidad, que en las demandas de reclamo por la prestación de servicios públicos y en las demandas por abstención, se refiere a aquellos que acrediten los trámites realizados ante la autoridad señalada como responsable de la omisión. (Véase, sentencias de esta Sala n.º 00640 del 18 de mayo de 2011, 01311 del 19 de octubre de 2011 y 01748 de fecha 8 de diciembre de 2011)»³¹.

Así, se impone al particular un agotamiento de la vía administrativa previo a la interposición de la reclamación por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, situación que se configura como limitante para el ejercicio de la acción, sobre todo en aquellos casos en que pueda existir una inactividad de la Administración en la atención de la reclamación del particular, con lo cual las gestiones por parte de este se limitarán a la presentación de comunicaciones manifestando su reclamo.

4.3

Inexistencia de los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso-administrativa

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del año 2010 crea los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso-administrativa, y les atribuye la competencia para conocer de las demandas que interpongan los usuarios u organizaciones públicas o privadas que los representen, por la prestación de servicios públicos³². Empero, la disposición transitoria sexta de la Ley indica que, hasta tanto no se creen los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso-administrativa, las competencias atribuidas a los mismos las conocerán los juzgados de municipio de la jurisdicción civil.

A casi 10 años de la promulgación de la precitada Ley, no se han creado los juzgados de municipio de la jurisdicción contencioso-administrativa, situación que dificulta el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva para los casos de reclamación en materia de servicios públicos, toda vez que los

31. Sentencia n.º 00384 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 25 de abril de 2012 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/batiz-abstenci-carre-petr-miner-366632382>

32. Véanse artículos 11, 21 y 27 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

jueces encargados hasta el momento del conocimiento de este tipo de acciones no cuentan con el conocimiento especializado en las áreas propias del derecho administrativo y el contencioso-administrativo, por cuanto la jurisdicción de la que forman parte es la jurisdicción ordinaria.

Esta situación influye en la calidad de las decisiones dictadas y la rapidez para tramitar los juicios, y refleja el interés del Estado de no contar con mecanismos judiciales efectivos para garantizar el derecho a servicios públicos de calidad.

4.4

Uso de otros procedimientos judiciales para conocer de acciones de reclamación por prestación de servicios públicos

Otro de los aspectos a resaltar es la aceptación por parte de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa de aplicar procedimientos distintos al contencioso de los servicios públicos, para atender reclamaciones por omisión, demora o deficiente prestación de determinados servicios públicos.

Puntualmente, durante los años 2014 y 2017, con ocasión de las protestas ciudadanas que surgieron en distintas ciudades de Venezuela, diversos grupos de personas presentaron reclamaciones relacionadas con la prestación del servicio de aseo urbano. Dichas reclamaciones fueron conocidas y tramitadas como demandas de intereses colectivos y difusos, ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

El 14 de octubre de 2014 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia admitió la demanda de protección de derechos e intereses colectivos y difusos, conjuntamente con amparo cautelar, interpuesta contra la Alcaldía del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda, por el presunto incumplimiento del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano, como consecuencia de la «acumulación de basura en espacios públicos, a la entrada de centros asistenciales y educativos, en las puertas de las viviendas, de los establecimientos comerciales, incluso los expendios de comida, así como la proliferación de malos olores, roedores e insectos, resultado de la descomposición de desechos sólidos»³³. En esa misma oportunidad dictó una medida cautelar donde ordenaba al alcalde recolectar, de forma regular y periódica, la

33. Sentencia n.º 01322 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de octubre de 2014 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169924-1322-141014-2014-14-0765.HTML>

basura y los desechos existentes y que se generen en las distintas parroquias del municipio en el cual debe ejercer sus competencias.

En el año 2017, los alcaldes de los municipios: 1) Diego Bautista Urbaneja, del estado Anzoátegui; 2) Antonio José de Sucre, del estado Barinas; 3) Barinas, del estado Barinas; 4) Iribarren, del estado Lara; 5) Palavecino, del estado Lara; 6) Alberto Adriani, del estado Mérida; 7) Campo Elías, del estado Mérida; 8) Libertador, del estado Mérida; 9) Baruta, del estado Miranda; 10) Carrizal, del estado Miranda; 11) Chacao, del estado Miranda; 12) El Hatillo, del estado Miranda; 13) Los Salias, del estado Miranda; 14) Sucre, del estado Miranda; y 15) Valera, del estado Trujillo, enfrentaron demandas de protección de derechos e intereses colectivos y difusos conjuntamente con amparos cautelares que fueron tramitadas ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En todas estas demandas se reclamaba la vulneración del derecho a disfrutar de un ambiente sano, seguro y ecológicamente equilibrado, producto de la no remoción inmediata de los objetos que obstruían las vías principales y alternas de los mencionados municipios, y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia decretó mandamientos de amparo cautelar en los que ordenaba a los municipios, entre otras cosas: 1) realizar todas las acciones y utilizar los recursos materiales y humanos necesarios para evitar que se colocaran obstáculos en la vía pública que impidieran el libre tránsito de las personas y vehículos; y 2) proceder a la remoción inmediata de obstáculos, para que las vías y zonas adyacentes se mantuviesen libres de barricadas, residuos, escombros, y de cualquier otro elemento que pudiera ser utilizado para obstaculizarlas³⁴.

Es decir, el máximo tribunal de la República frente a casos de reclamación por la deficiente prestación del servicio de aseo urbano, lejos de ordenar su tramitación por el procedimiento contencioso de los servicios públicos ante un tribunal de municipio, tal como establece la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ordenó conocer y tramitar el asunto como una demanda de protección de intereses colectivos y difusos.

Cabe destacar que un caso similar a los expuestos –demandas de protección de intereses colectivos y difusos conjuntamente con amparo

34. Al respecto véanse, entre otras: 1) Sentencia n.º 00366 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 24 de mayo de 2017 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199164-366-24517-2017-2017-511.HTML>; 2) Sentencia n.º 00367 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 24 de mayo de 2017 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199165-367-24517-2017-2017-517.HTML>; 3) Sentencia n.º 00401 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 01 de julio de 2017 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/199530-401-1617-2017-17-600.HTML>

cautelar por deficiente prestación de servicios públicos, específicamente: «por el cierre arbitrario del servicio del Metro de Caracas en perjuicio de todos los usuarios regulares y potenciales, incluyendo manifestantes de oposición, respecto del servicio del Metro, el MetroBús y la red de autobús BusCaracas»³⁵-, interpuesto en el mismo período en el que fueron presentadas las demandas contra los alcaldes, la Sala Constitucional declaró inadmisible la acción por considerar que estaba relacionada con «un reclamo sobre un servicio público, cuya pretensión solo puede ser satisfecha ante la jurisdicción contencioso-administrativa mediante una acción de prestación de servicios públicos, y no a través de una demanda por intereses colectivos y difusos»³⁶.

Se evidencia entonces que no existe un criterio uniforme para determinar cuáles casos deben ser tramitados ante la jurisdicción contencioso-administrativa a través del procedimiento contencioso de los servicios públicos, y cuáles pueden tramitarse por procedimientos distintos, situación que no solamente genera inseguridad jurídica a los demandantes, sino que además desvirtúa el procedimiento contenido en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, restándole efectividad.

5

Reflexiones finales

Garantizar el ejercicio y disfrute pleno de un derecho implica necesariamente contar con procesos judiciales efectivos y eficientes que permitan satisfacer las reclamaciones de los particulares. En el caso del derecho a percibir el suministro de servicios públicos de calidad, el procedimiento judicial previsto en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa posee un conjunto de limitaciones, que impiden satisfacer adecuadamente las pretensiones de los ciudadanos.

Aunado a ello, la instrumentalización de dicho procedimiento por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa venezolana ha generado otro conjunto de restricciones adicionales, que han convertido al precitado procedimiento en un mecanismo ineficaz para garantizar a los ciudadanos una tutela judicial efectiva de sus derechos.

35. Véase: Sentencia n.º 00390 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 01 de junio de 2017 (consultada el 22 de abril de 2019). Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/199527-390-1617-2017-17-0500.HTML>

36. Ibídem.

Ante la actual crisis económica y social que vive Venezuela, y que afecta en gran medida al suministro de los servicios públicos domiciliarios, es fundamental contar con mecanismos judiciales idóneos que garanticen el derecho a servicios públicos de calidad.

Resulta necesario reformar el procedimiento para la reclamación por omisión, demora o deficiente prestación de los servicios públicos, para convertirlo en un mecanismo eficaz y, además, elevar la cultura jurídica sobre este procedimiento, para que pueda ser utilizado por los usuarios de los diversos servicios públicos como medio para exigir y conminar a las Administraciones públicas al cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales que le fueron encomendadas.

6

Bibliografía

Doctrina:

- ÁLVAREZ, A., NOVO, I. y LUY, A., *#SinAgua. Situación del derecho al agua potable en Venezuela: Caso Área Metropolitana de Caracas*, Coalición Clima21 - Fundación Tierra Viva, Caracas, 2018. Disponible en: <http://desarrollosustentable.com.ve/wp-content/uploads/Informe-sinagua-COLOR.pdf>
- BADELL, R., «Descentralización y Desconcentración del Contencioso Administrativo y el Contencioso de los Servicio Públicos», conferencia presentada en las *Jornadas sobre El Proceso Contencioso Administrativo y Constitucional*, Barquisimeto, 16 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.badellgrau.com/?pag=71&ct=254>
- BAUSSON, N., «Servicio de Agua Potable y Saneamiento», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudios-sector-agua/>
- BAUSSON, N., «Servicio de recolección, transporte y disposición final de desechos sólidos», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudio-sector-basura/>
- BREWER-CARÍAS, A., «El régimen constitucional de los servicios públicos en Venezuela», ponencia presentada en el *IV Congresso da Associação de*

- Direito Publico do Mercosul*, Curitiba, Brasil, 22, 23 y 24 mayo 2002. Disponible en: http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea2/Content/I,%201,%20857.%20EL%20REGIMEN%20CONSTITUCIONAL%20DE%20LOS%20SERVICIOS%20PUBLICOS%20BRASIL%20CURITIBA_2002.pdf
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, *Actuación coordinada en el Sistema Nacional de Control Fiscal relacionada con el manejo de los desechos sólidos en los municipios que integran el Área Metropolitana de Caracas*. Disponible en: http://www.cgr.gob.ve/site_informes_special.php?Cod=028&y=2019
- CUÉTARA, J. DE LA, «Aproximación a la Regulación de Servicio Público como nuevo paradigma para la Prestación de Servicios Económicos», *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1977.
- «Fallas en el aseo urbano vulneran condiciones sanitarias y ambientales de la población», *Informe21.com*, 11 de abril de 2019. Disponible en: <https://informe21.com/actualidad/fallas-en-el-aseo-urbano-vulneran-condiciones-sanitarias-y-ambientales-de-la-poblacion>
- MONTES, S., «En Venezuela, 73 % del total de las familias no tiene acceso a agua potable», *La República*, 26 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.larepublica.co/especiales/venezuela-en-picada/en-venezuela-73-del-total-de-las-familias-no-tiene-acceso-a-agua-potable-2742641>
- RAMOS, G., «Marzo inició y cerró con apagones generales en Venezuela», *El Pitazo*, 27 de marzo de 2019. Disponible en: <https://elpitazo.net/gran-caracas/cronologia-marzo-inicio-y-cerro-con-apagones-generales-en-venezuela/>
- SATURNO, S., «Sector Eléctrico», en SÁNCHEZ, M. (coord.), *Empresas Propiedad del Estado en Venezuela. II parte*, Transparencia Venezuela, Caracas, 2018. Disponible en: <https://transparencia.org.ve/project/epe-ii-estudio-sector-electrico/>
- UROSÁ, D., «Demanda de prestación de servicios públicos. Estado actual y perspectivas de cambio», en *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 4, Universidad Monteávila, Centro de Estudios de Derecho Público, Caracas, 2014. Disponible en: <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2015/04/Daniela-Urosa-Maggi.pdf>

Legislación:

- ASAMBLEA NACIONAL, *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la Enmienda n.º 1*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 5908 Extraordinario, Caracas, 19 de febrero de 2009.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 38 763 Ordinario, Caracas, 6 de septiembre de 2007.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley Orgánica del Sistema y Servicio Eléctrico*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 39 573 Ordinario, Caracas, 14 de diciembre de 2010.

ASAMBLEA NACIONAL, *Ley de gestión integral de la basura*, Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n.º 6017 Extraordinario, Caracas, 30 de diciembre de 2010.

Jurisprudencia:

Sentencia n.º 00384 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, del 25 de abril de 2012. Disponible en: <https://vlexvenezuela.com/vid/batiz-abstenci-carre-petr-miner-366632382>

Sentencia n.º 01322 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 14 de octubre de 2014. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/169924-1322-141014-2014-14-0765.HTML>

Sentencia n.º 00366 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 24 de mayo de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199164-366-24517-2017-2017-511.HTML>

Sentencia n.º 00367 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 24 de mayo de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/mayo/199165-367-24517-2017-2017-517.HTML>

Sentencia n.º 00390 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 01 de junio de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/199527-390-1617-2017-17-0500.HTML>

Sentencia n.º 00401 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 01 de julio de 2017. Disponible en: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/199530-401-1617-2017-17-600.HTML>

QDL50

JURISPRUDENCIA

Estudio general sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de Haciendas locales¹

PILAR GALINDO MORELL

*Inspectora delegada, Área Contencioso-Administrativa.
Consejo General del Poder Judicial*

1. Introducción
2. La materia tributaria local en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el acceso a la casación de las decisiones judiciales sobre la misma
3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de tributos locales
4. Sentencias del Tribunal Supremo sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana
5. Pronunciamientos generales en materia tributaria
6. Asuntos admitidos a trámite por la Sección Primera de la Sala Tercera en materia de tributos locales y pendientes de sentencia

Resumen

Novedades jurisprudenciales sobre determinadas esferas del Derecho Administrativo y Tributario, que con anterioridad a la modificación del recurso de casación por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, estaban excluidas del conocimiento del Tribunal Supremo, y en la actualidad, debido a la extensión del ámbito objetivo de la casación, pueden ser conocidas por este, si la relevancia jurídica del asunto así lo exige. Siempre, claro está, en relación con la interpretación de normas de derecho estatal o comunitario, dejando a los Tribunales Superiores de Justicia el ejercicio de esta misma función en relación con el Derecho autonómico.

Palabras clave: *novedades jurisprudencia; tributación local; Tribunal Supremo.*

1. Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local «Josep Maria Esquerda» 2019, organizado por la Diputación de Barcelona, el día 25 de enero de 2019.

General study on the recent judgements of the Spanish Supreme Court regarding local taxes

Abstract

The article explores new case law developments on some matters of administrative and tax law which before the amendment of Organic Law 7/2015, of 21 July, on the cassation appeal, were excluded from the jurisdiction of the Spanish Supreme Court. Nowadays these matters may be addressed by the Supreme Court if the court decides that they are relevant and related to state and European Union law (the High Courts of the Autonomous Communities also have this jurisdiction related to subjects on regional law).

Keywords: recent case law developments; local taxes; Spanish Supreme Court.

1

Introducción

La jurisprudencia tradicional de la Sala Tercera ha sido uniforme al señalar que la existencia de una sola sentencia no constituye jurisprudencia a efectos del art. 1.6 CC², criterio que se mantiene con la nueva casación. Así, el Auto de la Sección de Admisión de 5 de diciembre de 2017 (casación 2717) afirma que «la existencia de una única sentencia de este Tribunal, si bien con un alcance no idéntico al caso de autos, hace aconsejable –para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil– que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos –en ambos supuestos– que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente».

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE 22 de julio), por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha introducido una reforma sustancial del recurso de casación contencioso-administrativo. La disposición final tercera, en su apartado uno, da una nueva redacción a la sección 3.^a del capítulo III del título IV de la Ley 29/1998, reguladora de

2. «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

la jurisdicción contencioso-administrativa, integrada por los artículos 86 a 93, suprimiendo los artículos 94 y 95.

En el recurso de casación diseñado por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante LJCA), antes de la modificación, se contemplaba la tutela de intereses subjetivos concretos (*ius litigatoris*), al margen de su trascendencia jurídica objetiva y de la utilidad que la decisión pudiese tener para crear pautas interpretativas del ordenamiento jurídico aplicables en otros supuestos. Se trataba, en realidad, de una última instancia en la que poder obtener satisfacción de una pretensión subjetiva.

Por ello, la casación contencioso-administrativa, tal y como estaba regulada, había dejado de ser un instrumento adecuado para la formación de la jurisprudencia y para que el Tribunal Supremo cumpliera su papel de establecer pautas interpretativas uniformes del ordenamiento jurídico estatal. Las últimas reformas, elevando el umbral cuantitativo para acceder a la casación a sumas tan elevadas como 600 000 euros, provocaron que quedaran al margen de la tarea jurisprudencial del Tribunal Supremo amplios sectores del ordenamiento administrativo y fiscal, lo que resultaba muy perjudicial en el ámbito de la tributación local, en el que la cuantía de las liquidaciones, en muy escasas ocasiones, por no decir en ninguna, alcanzaba la cuantía para la casación ordinaria.

Con la nueva regulación el legislador abandona la tradicional configuración de la casación como un recurso cuya admisión dependía por entero de la invocación de motivos tasados y de la cuantía del asunto en cuestión. La reforma viene presidida por una circunstancia que había permanecido casi inédita hasta ahora en el orden contencioso-administrativo: la ausencia del «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» como determinante de la inadmisión del recurso. Ese concepto jurídico indeterminado del interés casacional lo califica la nueva redacción del art. 88 LJCA de «objetivo», intensificando de esta manera la defensa del *ius constitutionis* frente a la garantía del *ius litigatoris*. Lo primordial no es ahora la tutela de derechos o intereses legítimos, sino convertir la casación en un instrumento al servicio de la «formación de jurisprudencia» por parte del tribunal de casación, que a través de sus autos de admisión –y en algunos supuestos en los de inadmisión– debe dejar sentada una interpretación del interés casacional según resulte del examen del propio ordenamiento jurídico.

El nuevo sistema se inspira en el modelo norteamericano de la *Certiorari Act*, que habilita a la Corte Suprema para la selección de los asuntos de los que conoce en consideración a la mayor relevancia del contenido de las cuestiones a tratar de cara a la comunidad jurídica o a la sociedad en general.

La nueva configuración de la casación se apoya en tres aspectos esenciales:

1. Se tiende a ampliar los asuntos que pueden llegar al Tribunal Supremo.
2. Se adopta como criterio determinante de la admisión la existencia de un «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».
3. Se pretende que se conozcan únicamente cuestiones jurídicas.

1. El actual art. 86 LJCA dispone que serán susceptibles de recurso de casación tanto las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo («siempre que las sentencias contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos») como las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia.

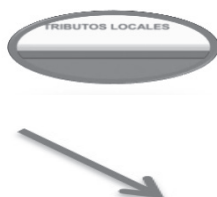
De esta forma, se propicia que asuntos de pequeña cuantía o sobre determinadas esferas del derecho administrativo y tributario, que estaban excluidos del conocimiento del Tribunal Supremo, puedan ser conocidos por este, si la relevancia jurídica del asunto así lo exige. Siempre, claro está, en relación con la interpretación de normas de derecho estatal o comunitario, dejando a los tribunales superiores de justicia el ejercicio de esta misma función en relación con el derecho autonómico.

2. Otro objetivo del nuevo modelo es la concurrencia de un «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», tal y como dispone el art. 88.1 LJCA. La apreciación de ese «interés casacional objetivo» se constituye en la clave para que el recurso pueda ser admitido a trámite.

3. Además, es un recurso exclusivamente destinado a resolver cuestiones jurídicas, quedando al margen del mismo las cuestiones de hecho y de valoración de la prueba, sin perjuicio de que el Tribunal Supremo pueda integrar los hechos admitidos como probados en la instancia, siempre que estén suficientemente justificados según las actuaciones, que sean necesarios para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia; así lo establece claramente el art. 87 bis LJCA.

2

La materia tributaria local en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el acceso a la casación de las decisiones judiciales sobre la misma



La competencia para conocer de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las entidades locales³ corresponde a los juzgados de lo contencioso-administrativo (art. 8.1 LJCA), sin perjuicio de la competencia de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) para conocer de las disposiciones emanadas de las entidades locales (art. 10.1 LJCA).

Si la cuantía excede de 30 000 € y, por tanto, son tramitados por el procedimiento ordinario, cabe la interposición de recurso de apelación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ respectivo.

Como excepción, existe la impugnación indirecta de una disposición general (art. 81.2 d), no operando la *summa gravaminis* (30 000 €).

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, contra las sentencias dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo cabe recurso de casación, cuando contengan doctrina que se repunte gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos (art. 86.1, segundo inciso, LJCA).

Deben cumplirse cumulativamente estos requisitos:

- a) Que contengan doctrina que se repunte gravemente dañosa para el interés general.

En este sentido, el Auto de 16/07/2018 declara: «No se puede reputar gravemente dañosa para los intereses generales que exista una misma valoración de los bienes en el ámbito de diversos tributos sino que, por el contrario,

3. Artículo 106 de la Ley 7/1985: «1. Las entidades locales tendrán autonomía para establecer y exigir tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales y en las leyes que dicten las comunidades autónomas en los supuestos expresamente previstos en aquella. 2. La potestad reglamentaria de las entidades locales en materia tributaria se ejercerá a través de ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección. (...)».

ello parece exigido por los principios de igualdad y capacidad económica previstos en el artículo 31.1 de nuestra Constitución y, por más decir, en el principio de seguridad jurídica contemplado en el artículo 9.3 del mismo cuerpo normativo».

El Auto de 10/10/2018 indica lo siguiente: «Es patente que si consideramos que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia no lo apreciamos por ninguna de las circunstancias del artículo 88.2 LJCA invocadas, porque la singularidad del caso no permite entender nítidamente que la sentencia recurrida sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.a) LJCA], menos aún que pueda afectar a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso [artículo 88.2.c) LJCA]».

Asimismo, en idéntico sentido, el Auto de 28/11/2018: «En relación con la infracción del principio de regularización completa tampoco resulta nítido –atendidas una vez más las circunstancias fácticas concurrentes–, por qué la doctrina de la sala de instancia resulta gravemente dañosa para el interés general [artículo 88.2.b) LJCA]. Tampoco se concreta, más allá de una simple conjetura, en qué medida dicha doctrina afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]».

b) Que sean susceptibles de extensión de efectos. Y son susceptibles de extensión de efectos las dictadas en materia de personal, tributaria y de unidad de mercado («unidad de mercado» entendida como concepto material y no meramente formal-procedimental, ATS de 8/5/17, casación 1277/17), que hubieran reconocido una situación jurídica individualizada (art. 110 LJCA).

Solo, pues, las sentencias estimatorias de los juzgados en las que concurren estos dos requisitos son susceptibles de recurso de casación, y ello porque una sentencia de signo desestimatorio no reconoce ninguna situación jurídica individualizada a la parte actora que sea susceptible de extensión de efectos, y, por esta razón, no cumple el presupuesto de recurribilidad que exige el art. 86.1 *in fine* LJCA. En este sentido se ha pronunciado de forma uniforme la Sección de Admisión, autos de 22/3/17, queja 143/16, 21/12/17, queja 684/17, 02/07/2018, queja 170/2018, y 10/12/2018, queja 466/18, entre otros.

Los tribunales superiores de justicia conocen en única instancia:

- Recursos contra las disposiciones generales emanadas por las entidades locales.
- Recursos contra las resoluciones de los tribunales económico-administrativos regionales, en las cuestiones relativas a los tributos de gestión compartida en los que la ley prevé la interposición de recla-

maciones económico-administrativas (inciso final del art. 14 TRLHL: impugnaciones del valor catastral a efectos del IBI y de los actos censales del IAE).

En materia de revisión de los actos tributarios dictados por las entidades locales, nos encontramos ante un régimen impugnatorio complejo:

Régimen General:

Ley 7/85, de Bases de Régimen Local (LRBRL)

Art. 108: *Contra los actos de aplicación y efectividad de los tributos locales se formulará recurso de reposición. Dicho recurso tendrá carácter potestativo en los municipios a que se refiere el título X de esta Ley.*

Art. 14.2 Real Decreto Legislativo 2/2004, TRLRHL: *Son impugnables, mediante el recurso de reposición, todos los actos dictados por las entidades locales en vía de gestión de sus tributos propios y de sus restantes ingresos de derecho público, sin perjuicio de formular reclamaciones económico-administrativas contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales.*

Régimen especial:

Municipios de gran población (MGP). Título X de la Ley 7/1985 introducido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

Reposición: carácter potestativo.

Art. 137: Órgano para la resolución de las reclamaciones económico-administrativas.

1. *Existirá un órgano especializado en las siguientes funciones:*
 - a) *El conocimiento y resolución de las reclamaciones sobre actos de gestión, liquidación, recaudación e inspección de tributos e ingresos de derecho público, que sean de competencia municipal.*
 - b) *El dictamen sobre los proyectos de ordenanzas fiscales.*
 - c) *En el caso de ser requerido por los órganos municipales competentes en materia tributaria, la elaboración de estudios y propuestas en esta materia.*
2. *La resolución que se dicte pone fin a la vía administrativa y contra ella solo cabrá la interposición del recurso contencioso-administrativo.*

3. *No obstante, los interesados podrán, con carácter potestativo, presentar previamente contra los actos previstos en el apartado 1 a) el recurso de reposición regulado en el artículo 14 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales. Contra la resolución, en su caso, del citado recurso de reposición, podrá interponerse reclamación económico-administrativa ante el órgano previsto en el presente artículo.*

Cuando se trate de actos de gestión tributaria local objeto de impugnación que hayan sido dictado por la Administración tributaria estatal, bien por ser esta la titular originaria de la competencia (gestión catastral del IBI y gestión censal del IAE) o bien por actuar por delegación de la Administración local, opera el recurso de reposición como potestativo.

Municipio de Barcelona:

Ley 1/2006, que regula el Régimen Especial del municipio de Barcelona, excluida disposición transitoria cuarta de la Ley 57/2003

Artículo 46: Recursos contra los actos de aplicación de los tributos e ingresos de derecho público municipales.

1. *Contra los actos de la Administración municipal de aplicación de los tributos locales y otros ingresos de derecho público que sean de competencia municipal se podrá interponer, en el plazo de un mes, recurso de alzada ante el alcalde, aplicándose el régimen jurídico del recurso regulado en el artículo 14 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.*
2. *La resolución de este recurso de alzada pone fin a la vía administrativa y contra ella solo cabe la interposición del recurso contencioso administrativo.*
El recurso de alzada a que se refiere este artículo se entiende sin perjuicio de los supuestos en los que la Ley prevé la reclamación económico-administrativa contra actos dictados en vía de gestión de los tributos locales.

En el ámbito tributario local, no estamos ante un sistema de impugnación homogéneo, por cuanto varía según el tipo de entidad local de que se

trate, ya sea municipio de gran población o no. Por otro lado, la regulación es dispersa y se encuentra en distintos textos legislativos, hay que acudir a la Ley General Tributaria (LGT), sus reglamentos de desarrollo, la LBRL, el TRLRHL, sin olvidar las especialidades contenidas en las ordenanzas fiscales que cada entidad puede aprobar y, por último, los reglamentos orgánicos que cada municipio de gran población debe aprobar al objeto de regular tanto el funcionamiento de los órganos encargados de la resolución de las reclamaciones económico-administrativas como la tramitación de las reclamaciones.

En relación con esta materia de revisión de los actos administrativos, y de la preceptividad de la interposición del recurso de reposición, en los municipios donde resulta de aplicación el régimen general antes descrito, cuando se trata de combatir exclusivamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas que dan cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, el ATS 7989/2017, de 6 de julio de 2017, ha admitido a trámite por presentar interés casacional objetivo la siguiente cuestión: *¿Es obligatorio formular con carácter previo recurso de reposición o puede el interesado acudir directamente a la vía contencioso-administrativa, cuando lo que se cuestiona es exclusivamente la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma que da cobertura a los actos impugnados?*

En el supuesto contemplado en el mismo, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Cáceres dictó sentencia inadmitiendo el recurso presentado –se trataba de un liquidación de plusvalía municipal–, dado que la entidad recurrente no había agotado la vía administrativa previa, combatiendo la liquidación emitida por la entidad local mediante el preceptivo recurso de reposición.

Interpuesto recurso de apelación, es desestimado en la sentencia contra la que se dirige este recurso de casación. La Sala de instancia razona que «los recursos administrativos no son necesarios o no, inútiles o no, sino que son preceptivos o no conforme la regulación legal de la materia», normativa constituida, en este caso, por «los artículos 108 de la Ley de Bases de Régimen Local, y 211,2 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales» (FJ 2.º). Rechaza que pueda «constituir pretensión de la parte demandante el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad», pues «el ámbito del recurso contencioso-administrativo son exclusivamente los actos y disposiciones generales (artículos 1 y 25 LJCA), no siendo impugnable ante esta jurisdicción la Ley, cuya fiscalización está reservada al Tribunal Constitucional». Concluye que «[e]l órgano judicial de instancia al declarar la inadmisión del recurso lo ha hecho amparado por normas con rango de ley», negando que «se pueda argumentar a favor de la

innecesariedad del recurso de reposición, la idea de evitar “dilaciones indebidas”», en la medida en que «[n]unca será indebido agotar un trámite propio de la vía administrativa, y los posibles retrasos injustificados no existen ni se pueden hacer depender de los cauces administrativos previos que el ciudadano deba agotar por imperativo legal antes de acudir a la vía judicial» (FJ 3.º).

Dicha cuestión ha sido resuelta por la **Sentencia de la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 2018**.

FJ 4.º:

Siendo así, y en virtud de lo razonado en los anteriores fundamentos jurídicos, se ha de concluir que, en las circunstancias descritas, la exigencia como preceptivo de un recurso de reposición y, en su caso, el rechazo liminar de la acción contencioso-administrativa intentada sin su previa interposición, resultan desproporcionados y vulneradores del derecho a obtener la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE, al tiempo que desconocen el mandato del artículo 106.1 CE, incompatible con demoras impuestas por la interposición de recursos en vía administrativa manifiestamente ineficaces e inútiles para dar cumplimiento al fin que los justifica.

10. *En otras palabras, el privilegio de la tutela reduplicativa ha de ser objeto de una interpretación moderadora, en aras de la tutela judicial efectiva, evitando demoras innecesarias y anodinas que postergan el control judicial de la Administración.*
11. *Con ello no «inaplicamos» ni «anulamos» la previsión del artículo 25.1 LJCA, resultados que están fuera del alcance de nuestras potestades. Simplemente la interpretamos desde la perspectiva y a la luz de las exigencias que derivan de los artículos 24.1 y 106.1 CE, cuyo carácter normativo y fuerza de obligar resultan indiscutibles.*
12. *Las razones que sustentan la sentencia impugnada no obstaculizan la anterior conclusión. En primer lugar porque, al afirmar que «los recursos [administrativos] no son necesarios o no, inútiles o no, sino que son preceptivos o no conforme a la regulación legal de la materia», convierte en un valor absoluto la opción del legislador al regularlos, olvidando que también él está sometido a la Constitución (artículos 9.1 CE), debiendo en particular respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales que garantiza a los ciudadanos (artículo 53.1 CE), y desconociendo que los recursos administrativos no son un fin en sí mismos, sino*

un instrumento para la más efectiva y eficaz defensa de los derechos de los administrados frente a las Administraciones públicas, su auténtico objetivo.

13. *En segundo término, porque, en efecto, el planteamiento o no de la cuestión de inconstitucionalidad pertenece al ámbito de decisión del órgano que tiene atribuciones para ello (siempre judicial, nunca administrativo), pero tal constatación no quiere decir que no se pueda impugnar en la vía administrativa, o en la jurisdiccional, un acto o una disposición reglamentaria con fundamento en la inconstitucionalidad de la ley que los ampara. Recuértese que el control, administrativo o judicial, de los productos de las Administraciones públicas y su eventual expulsión del mundo del derecho puede sustentarse en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, en virtud de defectos propios o de vicios de las normas que habilitan su adopción. El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no es nunca una pretensión, sino, como se ha dicho, una potestad del juez que le permite abrir un cauce incidental para solventar la perplejidad inherente a su doble sometimiento a la ley y a la Constitución, cuando una se opone a la otra. El reconocimiento de esa potestad lleva implícita, en buena lógica jurídica, la facultad de quienes acuden al juez de alegar como fundamento de su pretensión la inconstitucionalidad de la ley que permite la adopción del acto impugnado. La circunstancia de que a los órganos administrativos no se les reconozca tal potestad no puede traer como consecuencia que, ante ellos y en los recursos diseñados como preceptivos, quede vedado alegar como fundamento de la pretensión impugnatoria la inconstitucionalidad de la norma. Nuestro sistema constitucional demanda en tales casos, antes que acotar y disminuir el ámbito de las alegaciones de los interesados, negar carácter preceptivo al recurso administrativo en cuestión.*

FJ 5.º: Los artículos 108 LBRL, 14.2 LRHL y 25.1 LJCA, en relación con los artículos 24.1 y 106.1 CE, deben ser interpretados en el siguiente sentido:

Cuando se discute exclusivamente la inconstitucionalidad de las disposiciones legales que dan cobertura a los actos de aplicación de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, cuestión respecto de la que estas carecen de competencia para pronunciarse o para proponerla a quien tiene competencia para ello, quedando constreñidas a aplicar la norma legal de que se trate, no resulta obligatorio interponer, como presupuesto de procedibilidad del ulterior recurso

contencioso-administrativo, el correspondiente recurso administrativo previsto como preceptivo.

La citada STS de 21 de mayo de 2018 no deroga el artículo 14 del TRLHL ni el carácter preceptivo del recurso de reposición en materia de impugnación de los actos tributarios dictado por las entidades locales, sino que establece, solo en los supuestos de invocación de inconstitucionalidad de una norma, que se pueda acudir directamente a la vía jurisdiccional, contencioso-administrativa, cuando lo único que se cuestiona es la ilegalidad de las normas que dan cobertura a los actos de aplicación y efectividad de los tributos y restantes ingresos de derecho público de las entidades locales, cuando estas no pueden pronunciarse, por carecer de competencia para ello; la doctrina de la sentencia resulta aplicable en todos aquellos supuestos de impugnación de un acto administrativo, y ante cualquier Administración, cuando el único motivo de la impugnación sea la inconstitucionalidad de la norma que ampara dicho acto.

3

Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de tributos locales

STS de 18 de diciembre de 2017 (rec. 36/16): Interpretación del epígrafe 661.2 de las tarifas del IAE a fin de determinar si han de computarse las zonas ocupadas por terceros en virtud de cesión de uso o por cualquier título. Sobre la determinación de la cuota a satisfacer por grandes superficies comerciales o centros comerciales, debe considerarse la superficie de otros locales comprendidos dentro del centro explotados por terceros.

La sentencia da respuesta al Auto del Tribunal Supremo de fecha 1 de febrero de 2017 sobre la cuestión de si para calcular las cuotas del impuesto correspondientes al epígrafe, siendo sujeto pasivo el titular de una gran superficie o centro comercial, se han de computar las zonas ocupadas por terceros en virtud de cesión de uso o cualquier otro título, cuando ese sujeto pasivo no es el cedente o el que habilita la ocupación por terceros por carecer de todo título sobre los locales cedidos.

FJ OCTAVO.— Criterios interpretativos sobre la interpretación del epígrafe 661.2 (comercio en hipermercados) de las tarifas del impuesto sobre actividades económicas, aprobadas por el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, y de su norma común 2.ª, en relación con los artículos 78.1, 83 y 85.1.4.ª del texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

Esa Norma común 2.^a a los epígrafes del Grupo 661, en lo que dispone sobre las superficies que han de ser computadas para el cálculo de las cuotas de este grupo, no podrá incluir las zonas ocupadas por terceros, distintos a quien la Administración tributaria haya considerado sujeto pasivo por dichos epígrafes, si este sujeto pasivo carece de título alguno para otorgar por sí solo a un tercero el uso o la utilización de esas zonas.

STS de 6 de marzo de 2018 (rec. 181/17): Interpretación de la cláusula antielusión del artículo 82.1.c) TRLHL. Grupo de empresas. Cifra de negocios.

FJ CUARTO.— La remisión que efectúa la ley al Código de Comercio obliga a entender que solo se comprendan en tal concepto aquellos grupos de entidades cuando actúen como «grupos consolidados», esto es, cuando deban, por obligación legal, formular sus cuentas anuales en régimen de consolidación.

En consecuencia, si las sociedades afectadas no actúan como grupo consolidado, ni consta que tengan la obligación de hacerlo, el importe neto de su cifra de negocios deberá ir referido al volumen de los de la empresa de que se trate, no al conjunto de entidades pertenecientes a un grupo que, en la medida en que no actúa en régimen de consolidación, no tiene tal consideración a efectos de la aplicación de la cláusula antielusión.

STS de 6 de marzo de 2018 (rec. 196/17): Interpretación del Epígrafe 969.6 de la Sección Primera de las Tarifas del IAE y de la Regla 13.^a de la Instrucción del IAE. Máquinas recreativas y de azar propiedad del titular del salón recreativo en el que están instaladas.

FJ CUARTO.— 1. El titular de un salón recreativo y de juego, sujeto al epígrafe 969.6 al que hemos hecho continua alusión, en los casos en que sea además propietario o titular de las máquinas recreativas y de azar instaladas en dicho salón, debe tributar por estas en el epígrafe 969.4, debiendo hacerlo conjuntamente por ambas cuotas, municipal y nacional, la primera en su calidad de titular del salón y la segunda por la titularidad de las máquinas recreativas o de azar.

2. En tales casos no es posible acogerse a la opción que prevé la regla 13.^a de la Instrucción del IAE, aprobada mediante el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, porque la aplicación de dicha regla y el acogimiento a la opción prevista presuponen que una mis-

ma actividad tenga asignada más de una de las clases de cuotas a que se refiere la Regla 9.^a –municipal, provincial o nacional–, mientras que las actividades del epígrafe 969.4 son distintas y se refieren a distintos sujetos pasivos, siendo indiferente que coincidan ambas condiciones en la misma persona o entidad.

STS de 26 de junio de 2018 (rec. 1689/17): Exención del artículo 62.1.a) TRLHL a favor de inmuebles directamente afectos a servicios educativos.

La cuestión que se planteó en el auto de admisión era la siguiente: «Determinar si la exención del artículo 62.1.a) TRLHL a favor de bienes inmuebles directamente afectos a servicios educativos se aplica a un hospital universitario en el que, por imperativo legal, se imparte, también y simultáneamente a los servicios hospitalarios, los de enseñanza en cumplimiento de diversos conciertos celebrados con una Universidad».

El Tribunal Supremo, en la citada sentencia, dispone lo siguiente:

FJ TERCERO.– La circunstancia de prestarse servicios educativos en tales centros no implica una «afectación directa» a dicha función en los términos exigidos por el precepto que se interpreta, ni podría conciliarse el mismo –de admitirse la tesis contraria– con la exención (condicionada a la preceptiva decisión municipal) establecida en el artículo 62.3 del texto refundido aplicable.

Este último precepto condiciona a una previsión expresa del municipio la exención a los centros sanitarios presentes en el territorio, de manera que, dice la sentencia, sería absurdo que «la exención para un hospital público dependa de la decisión libre del municipio en que se ubica el centro y, sin embargo, venga impuesta, en relación con ese mismo hospital público, por la sola circunstancia de que se presten en él o se desarrollen en el mismo actividades docentes».

Y la respuesta debe ser negativa, conforme a lo que hemos razonado, pues la circunstancia de prestarse servicios educativos en tales centros no implica una «afectación directa» a dicha función en los términos exigidos por el precepto que se interpreta, ni podría conciliarse el mismo –de admitirse la tesis contraria– con la exención (condicionada a la preceptiva decisión municipal) establecida en el artículo 62.3 del texto refundido aplicable.

STS de 27 de junio de 2018 (rec. 235/16): Exenciones. Inmuebles destinados a actividad docente.

FJ TERCERO.— *1.º) El artículo 62.2, letra a), del TRLHL, al declarar exentos del IBI, previa solicitud, a «[l]os bienes inmuebles que se destinan a la enseñanza por centros docentes acogidos, total o parcialmente, al régimen de concierto educativo, en cuanto a la superficie afectada a la enseñanza concertada», puesto en conexión con el artículo 61.3 del TRLHL —que dispone que el hecho imponible del IBI está constituido por la titularidad del derecho de propiedad sobre los inmuebles, de la concesión administrativa sobre los mismos o de los derechos reales de usufructo y superficie— y con el artículo 63.1 del TRLHL —que define como sujeto pasivo del impuesto a quien sea titular del derecho que sea constitutivo del hecho imponible—, debe interpretarse en el sentido de que solo establece la exención en favor de los bienes inmuebles destinados a la enseñanza por centros docentes acogidos al régimen de concierto educativo concertado cuando los sujetos pasivos del impuesto sean titulares de tales centros docentes.*

2.º) El artículo 1, letra b) y penúltimo párrafo, del RD 2187/1995, que sigue en vigor, debe entenderse que es mero desarrollo del artículo 62.2.a) del TRLHL, y, como este último, debe interpretarse, según su propia literalidad, en el sentido de que exige también para tener derecho a la exención en el IBI que el titular del centro docente acogido al régimen de concierto sea a la vez el titular de los bienes inmuebles dedicados a la educación concertada.

STS de 13 de diciembre de 2018: Si al practicarse la liquidación definitiva del ICIO se pueden añadir partidas, conceptos o unidades de obra que, pese a constar como tales en el presupuesto presentado en su día por el dueño de aquella y sujeto pasivo, no se tuvieron en cuenta por el ayuntamiento al establecer la liquidación provisional.

FJ QUINTO.— *Contenido interpretativo de la sentencia.*

Los términos en que viene enunciado el auto de admisión son los siguientes:

«Dilucidar si la vinculación a las partidas del presupuesto de obras, que constituye la base imponible en el ICIO, se produce tanto en la liquidación provisional como en la liquidación definitiva, previstas ambas en el artículo 103.1 TRLHL.

Esclarecer si la necesidad de una previa comprobación administrativa en el ICIO, prevista en el artículo 103.1 TRLHL, debe extenderse a todos

los supuestos en los que se dicte una liquidación definitiva, ya se trate de una alteración de los datos fácticos que figuraron en la liquidación provisional ya se trate de una corrección de los criterios jurídicos que la inspiraron».

- a) En cuanto a la primera cuestión, esa vinculación a que se refiere la pregunta viene contestada por referencia directa a lo que ya dijimos en la sentencia de 1 de diciembre de 2011, a cuyo contenido hemos hecho constante alusión, en el sentido de que la vinculación es evidente en la liquidación provisional, en tanto debe cuantificarse en función del presupuesto presentado por los interesados, en la dicción legal.*
- b) La vinculación de la liquidación definitiva a las partidas que integran dicho presupuesto no es sino la consecuencia de que la base imponible viene constituida por el coste real y efectivo de la construcción, instalación u obra, de suerte que si esta es la misma que fue objeto de presupuesto y proyecto en su día, del que no se ha apartado el dueño de la obra, debe venir referida tal precisión conceptual al coste final de esta, a partir de las partidas y conceptos presupuestados o, de haberse excedido la ejecución, de los en efecto realizados, se contuvieran o no en el presupuesto.*
- c) Dentro de tal esquema legal, la comprobación administrativa a que se refiere el artículo 103.1 del TRLHL es un trámite inexcusable, en cuanto resulta el único medio posible para determinar que la obra proyectada, en su desarrollo o ejecución, se ha ajustado o no al presupuesto presentado, y en qué medida, cualitativa o cuantitativamente, se ha desviado de sus previsiones, lo que es una operación necesaria para determinar la liquidación definitiva, que toma como base el coste real y efectivo de la construcción —o instalación u obra—.*
- d) Consecuencia ineluctable de todo lo expuesto es que la Administración gestora del impuesto no puede introducir en la liquidación definitiva, partidas o conceptos que, figurando en el presupuesto aportado por el interesado, no se incluyeron, pudiendo haberse hecho, por tanto, en la liquidación provisional. En particular, no pueden rectificarse en perjuicio del sujeto pasivo los conceptos, partidas, equipos o instalaciones no incorporadas a la liquidación provisional cuanto tal rectificación empeora la situación jurídica del interesado.*
- e) Consideramos innecesario abordar la cuestión suscitada en el auto de admisión sobre la aplicación al caso de la doctrina de los actos*

propios, en relación con el principio de confianza legítima (artículo 3.1, párrafo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJyPAC) que entendemos no entra en juego en el presente asunto: de un lado, porque no hay conducta jurídica del obligado tributario, en sentido propio, que se haya acogido o confiado, en la realización del hecho imponible, a criterios o declaraciones de voluntad o actos propios del Ayuntamiento de Valverde y haya obtenido un perjuicio por ese solo hecho, ya que lo que aquí nos consta es, simplemente, que el presupuesto se presentó en su momento, dando lugar a la liquidación provisional, así como que no consta otra cosa que la ejecución material del proyecto, no comprobada; pero, además, deviene superfluo cualquier tratamiento acerca de este principio general y su proyección al supuesto que nos ocupa cuando la solución jurídica procedente puede descansar, perfectamente, en la adecuada interpretación del artículo 103 TRLHL, según hemos llevado a cabo.

- f) Tampoco parece necesaria referencia alguna al artículo 57 de la Ley 58/2003, General Tributaria como norma de necesario esclarecimiento para la decisión de este asunto. De hecho, más parece un error por inadvertencia motivado posiblemente por los términos del escrito de preparación, pues el precepto en cuestión se refiere a la comprobación de valores de elementos determinantes de la obligación tributaria y a los medios legalmente previstos para llevarla a cabo, lo que no guarda relación directa con los hechos y circunstancias del asunto debatido, sin que, por lo demás, pueda ser confundida la comprobación administrativa como actividad de verificación de la realidad o certeza de algo, que es a la que se refiere el artículo 103.1 TRLHL, con la comprobación de valores como actividad, método o resultado de una valoración.*

4

Sentencias del Tribunal Supremo sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana

El impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) es un instrumento fundamental de la fiscalidad municipal, sin que se pueda obviar la polémica que han suscitado los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a dicho impuesto. Desde que el 16 de febrero de 2017 se diera a conocer el fallo del Tribunal Constitucional

(STC 26/2017), no ha dejado de suscitar dudas la aplicación del mismo a las liquidaciones tributarias giradas por los distintos ayuntamientos.

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, pudiera parecer que se trata de un asunto ya resuelto, dado que el Tribunal Constitucional ya ha establecido su doctrina en relación con la cuestión jurídica más relevante que venía suscitando el impuesto, esto es, y simplificando mucho la cuestión, la inconstitucionalidad del sometimiento a gravamen de plusvalías o incrementos de valor inexistentes.

La STC 59/2017 estima la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4864-2016 y, en consecuencia, declara que los artículos 107.1, 107.2 a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, son inconstitucionales y nulos, pero únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor.

La citada STC efectúa una serie de precisiones últimas sobre su alcance:

- a) El impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos no es, con carácter general, contrario al texto constitucional, en su configuración actual. Lo es únicamente en aquellos supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica, esto es, aquellas que no presentan aumento de valor del terreno al momento de la transmisión. Deben declararse inconstitucionales y nulos, en consecuencia, los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones inexpressivas de capacidad económica» (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).
- b) Como apunta el Fiscal General del Estado, aunque el órgano judicial se ha limitado a poner en duda la constitucionalidad del artículo 107 LHL, debemos extender nuestra declaración de inconstitucionalidad y nulidad, por conexión (art. 39.1 LOTC) con los arts. 107.1 y 107.2 a) LHL, al artículo 110.4 LHL, teniendo en cuenta la íntima relación existente entre este último citado precepto y las reglas de valoración previstas en aquellos, cuya existencia no se explica de forma autónoma, sino solo por su vinculación con aquel, el cual «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene» [SSTC 26/2017, FJ 6, y 37/2017, FJ 4 e)]. Por consiguiente, debe declararse inconstitucional y nulo el artículo 110.4 LHL, al impedir a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpressiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5).
- c) Una vez expulsados del ordenamiento jurídico, *ex origine*, los arts. 107.2 y 110.4 LHL, en los términos señalados, debe indicarse

que la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa, a partir de la publicación de esta Sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del impuesto que permitan arbitrar el modo de no someter a tributación las situaciones de inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (SSTC 26/2017, FJ 7; y 37/2017, FJ 5).

Tras la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucionales determinados preceptos del TRLHL relativos a la cuantificación de la base imponible del impuesto sobre plusvalías (al presumir *iuris et de iure* la existencia de un incremento gravable por la sola tenencia de terrenos), los tribunales superiores de justicia acogieron dos teorías antagónicas:

La llamada tesis «maximalista»:



Aquella que sostiene que todas las liquidaciones y autoliquidaciones por el impuesto de plusvalía deben ser anuladas, con independencia de si se ha probado o no la existencia del incremento y desde luego con independencia de a quién corresponda la carga de la prueba del incremento o del no incremento, por ser la única respuesta posible a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad operada por el Tribunal Constitucional, que no atenta contra el principio de reserva de ley, contra el principio de igualdad y contra el principio de seguridad jurídica.

La tesis «minimalista»:



Esta segunda línea interpretativa defiende que sí que se debe abonar el IIVTNU en los casos en los que exista un verdadero incremento de valor. A

su vez, dentro de esta segunda línea interpretativa existen diversas interpretaciones: ¿sobre quién recae la carga de la prueba?, ¿qué medios de prueba son admisibles?

La Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia número 1163 del pasado 9 de julio, ha desestimado el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el 27 de septiembre de 2017, al estimar que este interpretó de manera correcta el ordenamiento jurídico al considerar que la STC 59/2017, de 11 de mayo, permite no acceder a la rectificación de las autoliquidaciones del IIVTNU y, por tanto, a la devolución de los ingresos efectuados por dicho concepto, en aquellos casos en los que no se acredita por el obligado tributario la inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, supuestos en los que los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLRHL resultan constitucionales, y, por consiguiente, los ingresos, debidos.

El Tribunal Supremo sigue esta segunda tesis y señala, además, que la carga de probar la inexistencia de minusvalía corresponde al contribuyente, al que bastará un principio de prueba –como las escrituras de adquisición y enajenación– para trasladar a la Administración la carga de destruir aquella afirmación. En idéntico sentido las sentencias núms. 1248 y 1300 de 17 y 18 de julio de 2018 y núms. 1601 de 8 de noviembre de 2018 y 1715 de 3 de diciembre de 2018, en cuyo fundamento de derecho segundo contienen una remisión íntegra a los razonamientos expresados en la Sentencia de 9 de julio de 2018.

Dichas sentencias del Tribunal Supremo fijan la siguiente interpretación de los preceptos legales concernidos en el litigio –arts. 107.1, 107.2 a) y 110.4 del TRLHL–:

1.º) Los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL, a tenor de la interpretación que hemos hecho del fallo y del fundamento jurídico 5 de la STC 59/2017, adolecen solo de una inconstitucionalidad y nulidad parcial.

En este sentido, son constitucionales y resultan, pues, plenamente aplicables, en todos aquellos supuestos en los que el obligado tributario no ha logrado acreditar, por cualquiera de los medios que hemos expresado en el fundamento de derecho Quinto, que la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título (o la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos), no ha puesto de manifiesto un incremento de su valor o, lo que es igual, una capacidad económica susceptible de ser gravada con fundamento en el artículo 31.1 CE.

2.º) *El artículo 110.4 del TRLHL, sin embargo, es inconstitucional y nulo en todo caso (inconstitucionalidad total) porque, como señala la STC 59/2017, «no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene», o, dicho de otro modo, porque «imp[ide] a los sujetos pasivos que puedan acreditar la existencia de una situación inexpresiva de capacidad económica (SSTC 26/2017, FJ 7, y 37/2017, FJ 5)». Esa nulidad total de dicho precepto, precisamente, es la que posibilita que los obligados tributarios puedan probar, desde la STC 59/2017, la inexistencia de un aumento del valor del terreno ante la Administración municipal o, en su caso, ante el órgano judicial, y, en caso contrario, es la que habilita la plena aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL [...].*

Importantísimos pronunciamientos que no resuelven todas las cuestiones relacionadas con el tributo. Están por resolver recursos de casación admitidos (relativos a la carga de la prueba, los medios de prueba o los gastos de urbanización) y alguno más que llegará (como el eventual carácter confiscatorio de gravar pequeñas plusvalías o los medios de recuperación de los tributos ilegales ya abonados a los municipios).

5

Pronunciamientos generales en materia tributaria

La **STS de 31 de octubre de 2017** sienta los criterios interpretativos sobre los artículos 104.1 de la Ley General Tributaria y 66.4 del Reglamento general de desarrollo en materia de revisión en vía administrativa.

FJ CUARTO.— *El artículo 66.4 RGRVA, en relación con los apartados 2, 3 y 5 del mismo precepto, debe interpretarse en el sentido de que, anulada en la vía económico-administrativa una comprobación de valores por falta de motivación y, por ende, la liquidación derivada de la misma, ordenando retrotraer las actuaciones para que se practique nueva comprobación y se apruebe otra liquidación, las nuevas actuaciones realizadas en el procedimiento retrotraído y la resolución que se dicte no quedan sometidas a la disciplina del artículo 66 RGRVA, en particular al plazo de un mes previsto en su apartado 2.*

2.º) *Tratándose de procedimientos tributarios de gestión, el tiempo en el que debe ser dictada la nueva resolución, después de retrotraídas las*

actuaciones, se rige por el artículo 104.1 LGT y no por el artículo 150.5 LGT (actual artículo 150.7).

3.º) El artículo 104 LGT debe ser interpretado en el sentido de que, en una situación como la del presente litigio, la Administración tributaria debe tramitar el procedimiento retrotraído y notificar una resolución al interesado en el plazo que reste desde que se realizó la actuación procedimental causante de la indefensión del interesado, que determinó la anulación del acto administrativo que puso fin al procedimiento (en un caso como el litigioso el tiempo gastado desde la valoración inmotivada). Dicho plazo empieza a contarse desde el día siguiente a aquel en que se comunica la resolución anulatoria con retroacción de actuaciones al órgano competente para llevarla a puro y debido efecto.

A pesar de la citada sentencia, queda pendiente una cuestión que no resulta inocua: ¿desde cuándo se computa el plazo cuando el TEAR se demora en remitir las actuaciones al órgano de ejecución?

En idéntico sentido, STS 819/2018, de 22 de mayo.

STS 845/2018, de 23 de mayo: Transmisión de bienes inmuebles. Comprobación de valor real. Aplicación de coeficientes correctores sobre el valor catastral [artículo 57.1.b) LGT]: inidoneidad. Tasación pericial contradictoria.

FJ SEXTO.— A. La primera cuestión consiste en «determinar si la aplicación de un método de comprobación del valor real de transmisión de un inmueble urbano consistente en aplicar de un coeficiente multiplicador sobre el valor catastral asignado al mismo, para comprobar el valor declarado a efectos del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, permite a la Administración tributaria invertir la carga de la prueba, obligando al interesado a probar que el valor comprobado obtenido no se corresponde con el valor real».

La respuesta a esa primera pregunta exige que transcendamos de los literales términos en que ha sido formulada, lo que resulta imprescindible para satisfacer el propósito legal de formar jurisprudencia sobre la aplicación del método legal de comprobación del artículo 57.1.b) LGT, consistente en la estimación por referencia a los valores que figuren en los registros oficiales de carácter fiscal, aquí los que figuran en el Catastro Inmobiliario. A tal efecto, la respuesta es la siguiente:

1) El método de comprobación consistente en la estimación por referencia a valores catastrales, multiplicados por índices o coeficientes [artículo 57.1.b) LGT] no es idóneo, por su generalidad y falta de relación con el bien concreto de cuya estimación se trata, para la valoración de

bienes inmuebles en aquellos impuestos en que la base imponible viene determinada legalmente por su valor real, salvo que tal método se complemente con la realización de una actividad estrictamente comprobadora directamente relacionada con el inmueble singular que se someta a avalúo.

2) La aplicación del método de comprobación establecido en el artículo 57.1.b) LGT no dota a la Administración de una presunción reforzada de veracidad y acierto de los valores incluidos en los coeficientes, figuren en disposiciones generales o no.

3) La aplicación de tal método para rectificar el valor declarado por el contribuyente exige que la Administración exprese motivadamente las razones por las que, a su juicio, tal valor declarado no se corresponde con el valor real, sin que baste para justificar el inicio de la comprobación la mera discordancia con los valores o coeficientes generales publicados por los que se multiplica el valor catastral.

4) El interesado no está legalmente obligado a acreditar que el valor que figura en la declaración o autoliquidación del impuesto coincide con el valor real, siendo la Administración la que debe probar esa falta de coincidencia.

B. La segunda cuestión se formula así: «determinar si, en caso de no estar conforme, el interesado puede utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho o resulta obligado a promover una tasación pericial contradictoria para desvirtuar el valor real comprobado por la Administración tributaria a través del expresado método, habida cuenta de que es el medio específicamente regulado para cuestionar el valor comprobado por la Administración tributaria en caso de discrepancia». En armonía con una reiterada y constante jurisprudencia de este Tribunal Supremo, la respuesta a tal pregunta debe ser la siguiente:

1) La tasación pericial contradictoria no es una carga del interesado para desvirtuar las conclusiones del acto de liquidación en que se aplican los mencionados coeficientes sobre el valor catastral, sino que su utilización es meramente potestativa.

2) Para oponerse a la valoración del bien derivada de la comprobación de la Administración basada en el medio consistente en los valores catastrales multiplicados por índices o coeficientes, el interesado puede valerse de cualquier medio admisible en derecho, debiendo tenerse en cuenta lo respondido en la pregunta anterior sobre la carga de la prueba.

3) En el seno del proceso judicial contra el acto de valoración o contra la liquidación derivada de aquel el interesado puede valerse de cuales-

quiera medios de prueba admisibles en derecho, hayan sido o no propuestos o practicados en la obligatoria vía impugnatoria previa.

4) La decisión del Tribunal de instancia que considera que el valor declarado por el interesado se ajusta al valor real, o lo hace en mayor medida que el establecido por la Administración, constituye una cuestión de apreciación probatoria que no puede ser revisada en el recurso de casación.

ATS 5029/2017, de 31 de mayo de 2017: En este supuesto, la cuestión se centra en determinar si el reclamante puede presentar ante los tribunales económico-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria, determinando, en su caso, las circunstancias en que esta falta de aportación impide su presentación ulterior en sede económico-administrativa.

STS de 10 de septiembre de 2018: FJ tercero: «consideramos posible, en efecto, que quien deduce una reclamación económico-administrativa presente ante los tribunales económico-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria que sean relevantes para dar respuesta a la pretensión ejercitada, sin que el órgano de revisión pueda dejar de valorar —al adoptar su resolución— tales elementos probatorios. Todo ello, con una única excepción: que la actitud del interesado haya de reputarse abusiva o maliciosa y así se constate debida y justificadamente en el expediente».

En el mismo sentido, **ATS 1371/2018, de 19 de febrero de 2018:** La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si el reclamante puede presentar ante los tribunales-administrativos aquellas pruebas que no aportó ante los órganos de gestión tributaria, determinando, en su caso, las circunstancias en que esta falta de aportación impide su presentación ulterior en sede económico-administrativa.

STS de 27 de febrero de 2018: Providencia de apremio dictada sin haber notificado la denegación de la solicitud de suspensión de la liquidación tributaria recurrida, sea en vía administrativa, económico-administrativa o jurisdiccional; improcedencia.

FJ QUINTO.— *La respuesta a tal cuestión ha de ser necesariamente negativa. Conforme a lo que se ha razonado, los preceptos sobre cuyo esclarecimiento nos interroga el Auto de admisión deben ser interpretados del modo más favorable a la posibilidad de otorgamiento de la tutela cautelar, en vía administrativa y económico-administrativa (concernidas ambas en este asunto) e igualmente en sede jurisdiccional, en el sentido de que no puede la Administración iniciar la vía de apremio —ni aun notificar la resolución ya adoptada— hasta tanto no se haya producido una resolución, debidamente notificada, sobre la solicitud de suspensión, pues admitir lo contrario sería tanto como frustrar o cercenar toda posibilidad de adoptarla por el órgano competente para ello.*

6

Asuntos admitidos a trámite por la Sección Primera de la Sala Tercera en materia de tributos locales y pendientes de sentencia

ATS de 12 de julio de 2017:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en: Determinar si, a efectos de cuantificar la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local de las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos, cuando estas discurren o se encuentran emplazadas en suelo rústico, para la determinación de la utilidad que el sujeto pasivo obtiene de esas utilización o aprovechamiento cabe acudir al valor catastral de tal clase de suelo con construcciones, ponderándolo con el de esas instalaciones.

Identificar como norma jurídica que, en principio, será objeto de interpretación el artículo 24.1.a) del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo.

ATS de 27 de julio de 2017:

Determinar si los entes locales cuando solicitan en la vía económico-administrativa la suspensión de la ejecución del acto reclamado quedan sujetos, como lo demás obligados tributarios, a la disciplina general de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, y del Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de

revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, no siendo aplicable en dicha vía las previsiones del artículo 173.2 texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto legislativo 2/2004, de 5 de marzo, o si por el contrario en virtud de este último precepto la suspensión debe decretarse automáticamente una vez interesada.

ATS de 16 de noviembre de 2017:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia es: fijar si, para calcular la existencia de un incremento o de una disminución del valor de los terrenos en el IIVTNU, a los efectos del artículo 104.1 TRLHL, los gastos de urbanización deben considerarse como un mayor precio de adquisición o debe entenderse que incrementan el valor de los terrenos, incremento que se reflejaría en el precio de transmisión.

ATS de 26 de febrero de 2018, asunto idéntico a los RRCA/128/2016, 11/2017, 2154/2017, 3209/2017, 3479/2017 y 4093/2017:

Determinar si, con ocasión de la impugnación de liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles y para obtener su anulación, el sujeto pasivo puede discutir la calificación (y la consiguiente valoración) catastral de su inmueble, cuando no lo hizo (o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza) o no pudo hacerlo al tiempo en que le fue notificado individualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto.

ATS de 10 de mayo de 2018:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si la anulación del planeamiento urbanístico, que clasificaba un sector como suelo urbanizable, conlleva que los terrenos afectados vuelvan a tener la clasificación de suelo no urbanizable y, en consecuencia, no puedan tener la consideración de suelo urbano a efectos

catastrales, dando lugar a la nulidad de las declaraciones giradas del impuesto de bienes inmuebles.

ATS de 16 de mayo de 2018:

Exención en el IBI de los bienes inmuebles afectos al cumplimiento de los fines de las universidades. Alcance de la reforma operada en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre.

Procedencia o no de la exención en el IBI de los bienes inmuebles afectos al cumplimiento de los fines de las universidades, en aplicación del artículo 80.1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades. Interpretación del alcance de la reforma operada en la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, por la Ley 51/2002, de 27 de diciembre.

ATS de 16 de mayo de 2018:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

(i) Discernir si, no habiéndose producido una revisión de los valores catastrales de la Ponencia de Valores en el plazo establecido por la norma de aplicación, dicha Ponencia pierde su vigencia y efectos, sin que sus valores catastrales puedan ser aplicados en aquellas liquidaciones tributarias en las que el valor catastral de los inmuebles resulta relevante a la hora de determinar la cuota tributaria derivada de hechos imponibles con ocasión de la transmisión inmobiliaria.

(ii) Determinar si una revisión posterior de los valores catastrales puede surtir efecto con carácter retroactivo a la fecha de devengo del impuesto, al socaire de la pérdida de vigencia de la ponencia catastral, considerándose como una desactualización automática, de modo que la nueva valoración debería ser susceptible de aplicación retroactiva al momento en el que la anterior perdió su vigencia, todo ello a la luz de los principios de seguridad jurídica, reserva material de ley, igualdad y generalidad existentes en materia tributaria.

ATS de 12 de junio de 2018:

Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

Discernir si, interpretando los artículos 221 a 224.1 LGT, en relación con el artículo 18 TRLCI, es procedente la devolución en concepto de ingresos indebidos del importe de liquidaciones giradas por IBI e IIVTNU firmes y consentidas, como consecuencia de una resolución del Catastro Inmobiliario, dictada en el seno de un procedimiento de subsanación de discrepancias y que no consta impugnada, otorgándola efectos retroactivos. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 221, 222, 223 y 224.1 de la Ley General Tributaria; 4 y 18 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y 75 y 107.2 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

ATS de 20 de junio de 2018:

Determinar si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, cabe alegar la falta de emisión de la memoria económica-financiera o su insuficiencia, al entenderse que se trata de un supuesto de incumplimiento de un requisito esencial en el procedimiento de elaboración de una disposición general, o, por el contrario, se considera que se trata de un mero vicio formal de dicho procedimiento y, como tal, no alegable en el recurso contencioso-administrativo indirecto.

ATS de 11 de julio de 2018:

Determinar si a efectos de fijar el dies a quo del cómputo del plazo de prescripción para solicitar la devolución de ingresos indebidos del impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras —en aquellos casos en los cuales las obras no se ejecutan, por desistimiento del solicitante—, debe atenderse al transcurso del plazo de otorgamiento de la licencia o es necesario un acto formal de declaración de caducidad de la misma por parte del Ayuntamiento.

ATS de 3 de octubre de 2018:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) LGT, en su redacción posterior a la LES, en cuanto a determinar la naturaleza jurídica de las tarifas para la prestación del servicio público de abastecimiento de agua en alta o aducción.

ATS de 21 de noviembre de 2018: Suscita la misma cuestión jurídica que otros admitidos a trámite de 23 de noviembre de 2017, 11 de diciembre de 2017 y 5 de febrero de 2018, reiterada en los más recientes de 8 de enero de 2019:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, para garantizar la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), la igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución Española) y el respeto de la reserva de ley en materia tributaria (artículos 31.3 y 133.1 y 2 de la Constitución Española), la inconstitucionalidad de los artículos 107.1, 107.2.a) y 110.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, declarada en la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2017, de 11 de mayo, obliga en todo caso a la anulación de las liquidaciones y al reconocimiento del derecho a la devolución de ingresos indebidos en las solicitudes de rectificación de autoliquidaciones por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin entrar a valorar la existencia o no en cada caso de una situación inexpresiva de capacidad económica, como deriva de la tesis que sostiene el juez a quo.

El número de asuntos ingresados en la Sala Tercera del Tribunal Supremo es bastante más elevado que en las otras salas del Alto Tribunal. De ellos, un importante porcentaje se refiere a materia de tributación, tanto local como estatal o autonómica.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como las cuestiones que han sido admitidas por la Sección de Admisión, contienen un elevado número de pronunciamientos interpretativos que han permitido superar divergencias en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico, especialmente tributario.

La reforma de la casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha afectado muy especialmente a la materia relativa a la tributación local. Desde el punto de vista sustantivo el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de tratar aspectos muy relevantes por su impacto en un número elevado de situaciones respecto de impuestos que tradicionalmente tenían muchas dificultades para alcanzar sede casacional, en particular, en relación con los tributos locales, donde existe, como es de todos sabido, un incremento cada vez mayor de la litigiosidad, que ha generado algunos pronunciamientos de gran relevancia, debido a la extensión del ámbito objetivo del recurso de casación tras la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015.

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

suscripciones



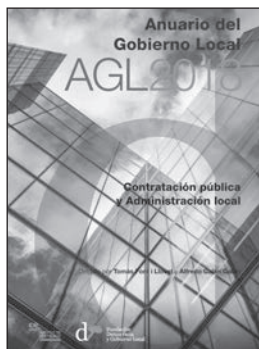
3 números al año

Suscripciones a través de:

Teléfono: 917 020 414

Mail: fund@gobiernolocal.org

***IVA y gastos de envío a domicilio incluidos
en cualquier modalidad de suscripción, salvo
entregas fuera de España**



Última edición: enero 2019

QDL
Anual (3 números)
38 €

QDL
Anual (3 números)
+
Anuario del
Gobierno Local
80 €

Anuario del
Gobierno Local
55 €

Si quiere tener información actualizada sobre nuestras actividades, no dude en visitar nuestra web:

www.gobiernolocal.org



Gobierno Local @fundlocal

2m

RT @imdelga: Recién publicado tb el trabajo elaborado con @agusti_cerrillo y E. Guichot, con colaboración d D. Mesón, bajo el au... <https://t.co/XdFc8t3lwK>

[Inicio](#) [La Fundación](#) [Actividades](#) [Publicaciones](#) [Boletín](#) [Biblioteca Digital](#) [Actualidad](#) [Q](#)

Núria Marín,
proclamada nueva
presidenta de la
Diputación de
Barcelona



ACTIVIDADES DE LA FUNDACIÓN



Si deseas conocer las actividades de la Fundación pincha aquí

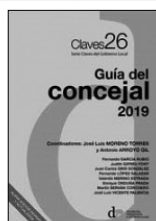
VER TODAS

VER TODAS

Últimas publicaciones:



18 junio 2019
Configuración legal, actuación y funciones de las autoridades de transparencia. Algunas propuestas de mejora



16 mayo 2019
Guía del concejal 2019



16 mayo 2019
La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017

QDL50SUMARIO

ESTUDIOS

I. Prestación de servicios públicos

- 14 La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta · JOSEP RAMON FUENTES I GASÓ
- 52 El riesgo operacional en el nuevo contrato de concesión. Especial referencia al sector del agua · M.^a EUGENIA LÓPEZ MORA
- 80 Recogida y tratamiento de residuos · ISABEL TENNENBAUM CASADO
- 102 La agregación de la demanda local: la creación y adhesión a las centrales de contratación · ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. Otros estudios

- 136 El Real Decreto 424/17. Reenfoque del control interno. ¿El gran salto adelante del control financiero? · ANTONIO MUÑOZ JUNCOSA
- 184 Las reformas de transparencia y legislación anticorrupción en Italia. Los contratos públicos y el papel jugado por ANAC · MARTINA SINISI
- 206 El contencioso de los servicios públicos como mecanismo ineficaz para garantizar la tutela judicial efectiva del derecho a servicios públicos domiciliarios de calidad en Venezuela · JESSICA VIVAS ROSO

JURISPRUDENCIA

- 228 Estudio general sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de Haciendas locales · PILAR GALINDO MORELL



Fundación
Democracia
y Gobierno Local

www.gobiernolocal.org