

QDL52

Febrero de 2020 · Cuadernos de Derecho Local



Fundación
Democracia
y Gobierno Local



QDL52

Febrero de 2020 · Cuadernos de Derecho Local



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

Calle Fernando el Santo, 27, bajo A – 28010 Madrid

Producción

Estugraf Impresores, s.l.

Corrección y revisión de textos

María Teresa Hernández Gil

Depósito legal: B-4681-2002

ISSN: 1696-0955 (papel) \ 2695-6101 (digital)

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 Majós, *U. de Barcelona*
Josep Mir Bagó, *U. Pompeu Fabra*
María Jesús Montoro Chiner, *U. de Barcelona*
Alejandro Nieto García, *U. Complutense*
Luciano Parejo Alfonso, *U. Carlos III*
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *U. da Coruña*
Joaquín Tornos Mas, *U. de Barcelona*
Francisco Velasco Caballero, *U. Autónoma de Madrid*
Juan Antonio Xiol Ríos, *Tribunal Constitucional*

Consejo de Redacción

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

Coordinadora

Petra Mahillo García, *Diputación de Barcelona*

QDL52

12

I. ESTUDIOS

Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

104

La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña · MARIA VICTÒRIA FORNS I FERNÁNDEZ

140

¿Convenios interadministrativos de duración cuatrienal para satisfacer necesidades permanentes? Especial referencia a la cooperación local · PETRA MAHILLO GARCÍA y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

160

Los convenios administrativos en el ámbito local y su actual régimen jurídico · JUAN ALEMANY GARCÍAS

189

Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos · MARCOS PEÑA MOLINA

Índice

II. INFORME

Los flujos migratorios en las estrategias de desarrollo sostenible. Una propuesta metodológica ·
JULIÁN GARRÁN DÍAZ, JULIO CABELLOS BEL y
AGUSTÍN RODRÍGUEZ ESCUDERO

198

III. JURISPRUDENCIA

Estudio sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de haciendas de los entes locales ·
PILAR GALINDO MORELL

294

QDL52

**I.
ESTUDIOS**

Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación¹

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

*Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad de Zaragoza*

- 1. Sobre el fundamento europeo de la contratación pública y su dimensión jurídica funcional y no formal**
- 2. Las fronteras del contrato público: negocios excluidos. Consecuencias prácticas**
 - 2.1. La compra precomercial
 - 2.2. La adquisición de propiedad intelectual a universidades: la transferencia de conocimiento
 - 2.3. La adquisición de derechos audiovisuales
 - 2.4. La adquisición de servicios jurídicos: defensa en proceso jurisdiccional
 - 2.5. El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas
 - 2.6. Los modelos de organización administrativa
- 3. Los nuevos tipos contractuales y su incidencia práctica**
 - 3.1. La depuración de los tipos contractuales desde la visión europea
 - 3.2. La nueva “dimensión” de las concesiones de obras y de servicios y su delimitación por el sistema de retribución de los contratos de obras y de servicios
 - 3.3. La regulación de las sociedades de economía mixta
- 4. La mejora de la transparencia en los procedimientos**
 - 4.1. Transparencia y procedimientos de adjudicación
 - 4.2. Transparencia y rendición de cuentas

Artículo recibido el 24/01/2020; aceptado el 02/03/2020.

1. El presente texto trae causa de la ponencia escrita presentada el 24 de enero de 2020 en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local Josep Maria Esquerda 2020, organizado por la Diputación de Barcelona, que ahora se reproduce. Se desarrollan ideas contenidas en la monografía del autor *La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi, 2019.

5. El control de la ejecución de los contratos públicos como nuevo eje de gobernanza

- 5.1. El valor del pliego en una correcta ejecución
- 5.2. Un correcto diseño de la vigilancia del contrato
- 5.3. Una reflexión final sobre la ejecución en los contratos públicos y en las concesiones

Resumen

La aplicación de 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*, tras dos años en vigor, aconseja una primera aproximación de los retos pendientes, siendo uno de ellos, al que dedicaremos especial atención, el de la correcta conceptualización desde la óptica del derecho europeo, fijando la atención en el concepto funcional del contrato público y, en concreto, sus fronteras, así como el funcionamiento de la transparencia en los procedimientos.

Palabras clave: *contratación pública; aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público.*

Analysis of the practical application of the Public Sector Contract Law; special reference to the most complex sections regarding its process of elaboration

Abstract

The application of Law 9/2017, of 8 November, on Public Sector Contracts, which transposes into the Spanish legal system the Directives of the European Parliament and of the Council 2014/23/EU and 2014/24/EU, of 26 February, after two years in force, calls for a first approximation of the pending challenges, one of them, to which we will devote special attention, will be the correct conceptualization from the point of view of European Union law, focusing on the functional concept of the public contract and, in particular, its scope, as well as the operation of transparency in procedures.

Keywords: *public procurement; practical application of the Public Sector Contract Law.*

1

Sobre el fundamento europeo de la contratación pública y su dimensión jurídica funcional y no formal

La construcción europea ha sido, junto a un proceso de transformación política, un impulso para la construcción de un nuevo derecho administrativo. El profesor Santiago MUÑOZ MACHADO ha explicado muy bien el importante papel que el derecho de la Unión Europea ha tenido en la consolidación de un derecho administrativo europeo². No es necesario justificar la afirmación según la cual el derecho comunitario se ha ido apoderando del derecho administrativo³. En este sentido, se ha destacado que en el derecho administrativo europeo se manifiestan dos fenómenos de gran importancia: a) existe en la actualidad una destacada tendencia a la convergencia de principios generales, institutos jurídicos y soluciones de naturaleza organizativa y procedimental entre los derechos administrativos de los Estados miembros; b) se ha consolidado desde hace tiempo el derecho administrativo comunitario europeo, que ha asumido un especial relieve en el sistema jurídico de la Unión Europea⁴.

Así, la normativa nacional de cada Estado, en cuanto se encuentra vinculada a principios regulatorios europeos —como lo es la contratación pública—, debe ser interpretada desde la óptica de esta realidad jurídica, lo que impone evitar interpretaciones estrictamente formales⁵. Y aquí juega, sin duda, como

2. Sobre las repercusiones e implicaciones de la Unión Europea en la configuración de los Estados miembros, véase el excelente estudio de S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

3. Vid. S. CASSESE, *La globalización jurídica*, INAP, 2006, pp. 120 y ss. Gráficamente EXPLICA lo que denomina el dominio del derecho comunitario sobre el derecho administrativo y de la configuración comunitaria del derecho administrativo nacional.

4. M. CHITI, *Derecho administrativo europeo*, Madrid, 2002, p. 115. Santiago GONZÁLEZ-VARAS califica las repercusiones del derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales como “proceso general de influencias”. Así, de una parte, la justicia comunitaria se basaría en los derechos nacionales para elaborar su jurisprudencia utilizando un método jurídico-comparado (el “uso dell’approccio comparatistico”); por otro lado, debería destacarse el efecto de armonización de la jurisprudencia comunitaria (un “effetto di comunanza o concorrenza”), siendo los Estados una parte del todo; y por último, se subrayaría el papel de “puente” entre derechos que efectúa el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Es lo cierto que en esa misma e inteligente descripción de relaciones entre derechos más que ordenamientos, el derecho comunitario, como señala asimismo GONZÁLEZ-VARAS, actúa como “plataforma” para el “trasplante” de los instrumentos de un derecho nacional en otro, y no se detiene su capacidad en ese fenómeno, sino que, en mi opinión, su envergadura conformadora de los derechos nacionales traspasa la técnica armonizadora, porque nace de unos principios “que son comunes a los Estados miembros”, y su eficacia nace de su prevalencia jerárquica sobre las normas dictadas por los Estados miembros (*El Derecho Administrativo Europeo*, IAAP, Sevilla, 2003).

5. De especial interés el trabajo de D. BERBEROFF AYUDA, “La doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la contratación pública como condicionante interpretativo”,

destaca, entre otros, U. UVERLING⁶, un trascendental papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en cuanto se está convirtiendo en instrumento dinámico para la consolidación de unos principios jurídico-públicos de alcance comunitario de aplicación a todos los Estados miembros, y que puede servir de base para la construcción de la estructura sobre la que construir un nuevo y moderno derecho administrativo europeo, que dé solución a los principales problemas que plantea la actual sociedad y que no pueden ser resueltos a través de los rígidos –y, a veces, anticuados– derechos nacionales⁷. Un excelente ejemplo de lo que se acaba de exponer es la regulación de la contratación pública, donde la jurisprudencia del TJUE ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea⁸. De hecho, es, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE⁹. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas

en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 163-200.

6. U. UVERLING participa también de la idea de que nos encontramos inmersos en el proceso de configuración de un derecho administrativo europeo (“Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo”, en J. BARNÉS [dir.], *La justicia administrativa en el derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 661-663). En estos términos puede también consultarse el trabajo de A. MASSERA, “L’amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario”, *RTDP*, núm. 1, 1993, pp. 19 y ss.

7. Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO, “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *REDA*, núm. 75, 1992, pp. 329 y ss.

8. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “La ‘codificación’ de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, *REDA*, núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CÓRCOLES, “Las relaciones ‘contractuales’ entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en M. ALMEIDA e I. MARTÍN (dirs.), *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. COZZIO, M., “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de contratos públicos 2012*, Civitas, 2013, pp. 89-116.

9. Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las directivas”, y M. SÁNCHEZ MORÓN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, ambos en M. SÁNCHEZ MORÓN (dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79 y 81-102, respectivamente.

de contratos públicos¹⁰. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina del TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)¹¹. Así ha sucedido con conceptos clave como el de poder adjudicador. Pero también con el de operador económico. Y ello porque la normativa europea de contratación no pivota sobre el elemento subjetivo (como ha sido la tradición española), sino sobre el concepto objetivo relativo a la existencia, o no, de un contrato público en sentido estricto.

Un dato importante es que el **criterio principal que ha utilizado de forma constante el TJUE para esta operación de quién es poder adjudicador no gravita sobre la idea del quién, sino sobre el criterio de una relación contractual donde existe como causa en su prestación un interés público directamente vinculado al ejercicio de competencias públicas, y existe financiación pública a tal fin, lo que justifica la aplicación de los principios de transparencia y concurrencia inherentes a la contratación pública**¹².

En consecuencia, **un poder adjudicador, cuando actúe en tal condición, deberá aplicar las normas de contratación pública siempre que la prestación, claro, pueda tener la consideración de contrato público. Esto es así porque prima el dato funcional de utilización de fondos pú-**

10. Para conocer cómo se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SÁNCHEZ MORÓN, *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

11. Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARÍN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales; b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista, y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa, y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación.

12. Por ello, en todo caso, cualquier ente considerado como medio propio (en tanto cumpla las exigencias autoorganizativas que justifican su creación) será poder adjudicador, sin que sea posible, mediante la “forma jurídica”, huir de las reglas de la contratación pública. Así lo ha dicho de forma clara e indubitada en su interpretación la STJUE de 5 de octubre de 2017, *UAB LitSpecMet*, donde se afirma que “una sociedad que, por una parte, pertenece en su totalidad a un poder adjudicador cuya actividad consiste en satisfacer necesidades de interés general y que, por otra parte, lleva a cabo tanto operaciones para dicho poder adjudicador como operaciones en el mercado competitivo, debe calificarse de ‘organismo de derecho público’ en el sentido de esta disposición, siempre que las actividades de dicha sociedad sean necesarias para que ese poder adjudicador pueda ejercer su actividad y que, para satisfacer necesidades de interés general, la referida sociedad se guíe por consideraciones que no sean económicas, extremo que ha de verificar el órgano jurisdiccional remitente. Carece de pertinencia a este respecto el hecho de que el valor de las operaciones internas pueda representar, en un futuro, menos del 90 % del volumen de negocios global de la sociedad o una parte no esencial de este”.

blicos, siendo indiferente la forma jurídica que se adopte. Por ello no existe vis atractiva de su condición de poder adjudicador sobre aquellos negocios jurídicos que no merezcan la calificación de contrato público¹³. Es elocuente lo que afirma el abogado general en las Conclusiones del Abogado General Alber presentadas el 11 de mayo de 2000, en el asunto *The Queen contra H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge*: “Es preciso **hacer constar que las directivas se basan en un criterio funcional, que requiere una interpretación amplia. No obstante, en algunos casos puede estar justificada una interpretación teleológica**, como así lo creen también, en definitiva, los Gobiernos neerlandés, austriaco y del Reino Unido. Si las cantidades que aporta una entidad adjudicadora no tienen como consecuencia crear o profundizar una dependencia específica, la finalidad de las directivas impide entonces calificar dicha prestación de financiación pública, la cual solo se refiere a aquellos supuestos en los que existe un vínculo particularmente estrecho entre el organismo en cuestión y la entidad adjudicadora”.

Por ello, hay que recordar que la propia STJUE de 15 de enero de 1998 (asunto C-44/96, *Mannesmann*), utilizada como *leading case* para decidir el alcance del concepto de poder adjudicador, nos advierte (apartado 46) de que un contrato público no está sujeto a las disposiciones de las directivas de contratación pública cuando se refiere a un proyecto que, desde su origen, corresponde plenamente al objeto social de una empresa que no es un órgano de contratación, y cuando los contratos relativos a dicho proyecto hayan sido celebrados por un órgano de contratación por cuenta de dicha empresa.

Esto significa que, por ejemplo, cuando el ente contratante es un sujeto privado y el contratista un poder adjudicador, en su cumplimiento no hay que estar a las normas de contratación pública¹⁴. Esta consecuencia, esta afirmación del TJUE, que ha pasado quizá muy inadvertida en la doctrina y posterior práctica, es de especial relevancia, pues delimita las consecuencias

13. Este caso es distinto de cuando un ente formalmente mercantil, pero controlado por un ente público, se considera poder adjudicador, a lo que se refiere la STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-44/96, *Mannesmann*), que indica que si hay una función de interés general, al margen de que la actividad tenga vertientes mercantiles o industriales, se produce una vis atractiva del primer elemento, debiendo entenderse ese ente sometido a las reglas de contratación pública. La doctrina de esta Sentencia sirve solo para delimitar si el ente es o no poder adjudicador, pero no para decidir qué reglas se aplican cuando se actúa en condición de operador económico.

14. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Reglas de contratación aplicables a los poderes adjudicadores cuando actúan como operadores económicos y deben subcontratar prestaciones (servicios y/o suministros) para el cumplimiento del contrato”, en J. M.^a GIMENO FELIU (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2018*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 25-48.

del poder adjudicador y lo alinea no desde una perspectiva formal, sino desde una perspectiva funcional.

Como acabamos de explicar, la normativa europea de contratación pública ha pretendido desde sus inicios conseguir una correcta gestión de los fondos públicos optando por una delimitación objetiva: el contrato público. Es decir, existe una clara metodología jurídica de carácter funcional –y no formal– que obliga, en primer lugar, a determinar si un negocio jurídico es, o no, un contrato público¹⁵.

Ello no siempre ha casado bien en España con nuestra tradición centrada en el contrato administrativo desde la perspectiva fundamentalmente subjetiva. Lo que ha obligado a incorporar los parámetros interpretativos funcionales utilizados sobre esta materia por el TJUE. Y ello, como advierte la STJUE de 22 de diciembre de 2008, *Magoora*, C414/07, apartado 44, para alcanzar los resultados que el derecho europeo persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha Directiva y dejando sin aplicación, de ser necesario, toda disposición contraria de la ley nacional. Es necesaria, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, una interpretación de la norma nacional conforme al derecho europeo (sin olvidar que existe reiterada jurisprudencia al respecto: en particular, las sentencias de 10 de abril de 1984, *Von Colson y Kamann*, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer* y otros, apartados 113 a 119 y la jurisprudencia allí citada, y de 4 de julio de 2006, *Adeneler*, apartados 108, 109 y 111)¹⁶.

Este criterio ha sido muy tenido en cuenta por la Abogacía del Estado a la hora de interpretar la normativa nacional, con el fin de garan-

15. Es necesaria, en definitiva, una interpretación funcional de la prestación, tal y como ha advertido el TJUE en numerosas sentencias (por todas, sentencias de 29 de octubre de 2009, *Comisión/Alemania*, y de 10 de julio de 2014, *Impresa Pizzarotti & C. SpA*), con el objetivo de corregir prácticas que eludan la aplicación de la norma vía “artificios jurídicos” que disfrazan la verdadera causa de la prestación y su calificación jurídica. *Vid.* al respecto mi trabajo “La transferencia de conocimiento de las universidades públicas y la incidencia de la legislación de contratos públicos: diferencias entre la transferencia de servicios de investigación y la transferencia de bienes incorpóreos (derechos intelectuales)”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 21-44.

16. Ricardo ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

tizar el efecto útil del derecho europeo. Sirvan de ejemplo, entre otros, el Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015, en relación con la posibilidad de que la Empresa Nacional de Residuos Radioactivos SA (ENRESA) utilice a la Empresa para la Gestión de Residuos Industriales SA (ENGRISA) como medio propio y servicio técnico, donde se defiende la aplicación de las previsiones del artículo 12 de la Directiva 24/2014, justificando la anticipación de los efectos prácticos de esta norma europea. O el Informe 3/2018, donde, tras analizar exhaustivamente la jurisprudencia europea sobre el concepto de poder adjudicador, se sostiene que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, con carácter general, no merecen la consideración de poder adjudicador en cuanto su actividad material excluye que exista efectivo control vía financiación pública y que, por ello, en sus decisiones contractuales estemos en presencia de un contrato público (así, lo excepcional será que una corporación de derecho público tenga la consideración de poder adjudicador)¹⁷.

Desde esta perspectiva, 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 (LCSP) —a diferencia de la legislación navarra, que sí habla de contratos públicos—, sigue la inercia de su antecesora de 2007 y pone el acento en el elemento subjetivo (sector público) frente al objetivo, lo que plantea en ocasiones problemas de interpretación práctica. Para resolver esta problemática debemos acudir al propio concepto de contrato público incluido en el ámbito material de las directivas.

17. Opinión que comparte M. LÓPEZ BENÍTEZ, “Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las corporaciones de derecho público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, 2017. Como señala M. LÓPEZ BENÍTEZ, no resulta factible que, con respecto a las corporaciones de derecho público, pueda cumplirse el requisito de que los poderes adjudicadores “nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia”, puesto que —si así fuese— se habría desnaturalizado el concepto mismo de corporación, al faltar, como decimos, uno de sus caracteres más esenciales. Tampoco parece asumible —o, al menos, no asumible con carácter general para toda la tipología existente de corporaciones de derecho público— el requisito de que su financiación corra mayoritariamente a cargo de los poderes adjudicadores. Desde luego, no sucede así con los dos tipos más importantes de corporaciones de derecho público existentes en nuestro ordenamiento jurídico: los colegios profesionales y las cámaras de comercio, industria, servicios y navegación. Como advertía la STJUE de 13 de diciembre de 2007, *Bayerischer Rundfunk* (con anterioridad, la citada STJUE, *University of Cambridge*), los ingresos derivados de una relación contractual entre los organismos, donde hay una contraprestación, como sucede en el caso sobre el que se informa, NO son nunca supuestos de financiación pública.

2

Las fronteras del contrato público: negocios excluidos. Consecuencias prácticas

La normativa de contratación pública se aplica a prestaciones o negocios jurídicos que puedan ser calificados como contratos públicos típicos. El artículo 2 de la Directiva 2014/24 afirma que se consideran “contratos públicos” “los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios”. Y el artículo 71.2 indica lo siguiente: “En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos”. En consecuencia, no toda relación jurídica onerosa, aun contractual, tiene la calificación de contrato público. Sirva de ejemplo la STJUE de 1 de marzo de 2018, *Maria Tirkkonen*, donde se afirma que “no constituye un contrato público, en el sentido de dicha Directiva, un sistema de asesoramiento a las explotaciones agrarias, como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual una entidad pública selecciona a todos los operadores económicos interesados que cumplan los requisitos de aptitud establecidos en la convocatoria de licitación y hayan superado el examen mencionado en dicha convocatoria, aun cuando durante el período limitado de vigencia de ese sistema no pueda admitirse a ningún nuevo operador”.

Interesa insistir en esta precisión, pues, como se acaba de explicar en relación con las reglas a aplicar a aquellos poderes adjudicadores que actúan como contratistas, no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público por el simple hecho de que una de las partes sea o tenga la condición formal (en abstracto) de poder adjudicador. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: “Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios. Así, existirá contrato público, como ha recordado la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, *Helmut Müller GbmH*, únicamente cuando su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el po-

der adjudicador (apartado 49)¹⁸. Así, por ejemplo, la subcontratación que se realice por una entidad pública que actúa como operador económico (y no como poder adjudicador) no tendrá la consideración de contrato público (aunque se encuentre vinculada a la correcta ejecución de un contrato público), pues la causa de este negocio es bien distinta y se entiende que, tras un proceso de licitación, la posterior ejecución no exige que se liciten conforme a las normas de contratación pública las prestaciones necesarias que se subcontratarán, en cuanto, aunque el contratista fuera formalmente un poder adjudicador, ese negocio jurídico no tiene por objeto satisfacer una necesidad propia¹⁹.

Desde este contexto, la LCSP, partiendo de las previsiones de las directivas de contratos públicos, indica una serie de negocios jurídicos excluidos

18. Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*.

19. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Reglas de contratación...”, ob. cit.

Y es que no toda relación jurídica onerosa celebrada por un poder adjudicador tiene la consideración de contrato público, como bien ha advertido, insistimos, la citada STJUE de 2 de junio de 2016, *Falk Pharma*, que declaró que el sistema “open-house” utilizado en Alemania para seleccionar el precio de medicamentos reembolsables sin seleccionar un proveedor único, y permitiendo la incorporación posterior de nuevos proveedores que asumiesen las condiciones establecidas, quedaba fuera del ámbito de aplicación de las directivas de contratación, precisamente por su carácter abierto. El sistema de adquisición enjuiciado en el caso *Falk* se basa en admitir como proveedor a todo operador económico que cumpla unos requisitos previamente establecidos. El supuesto concreto sobre el que se plantea la cuestión prejudicial consistía en un acuerdo entre un seguro de enfermedad y todos los proveedores de medicamentos que aceptasen una rebaja de cuantía predeterminada en el precio, pudiendo adherirse *a posteriori* nuevos proveedores durante el período de vigencia. El Tribunal de Justicia rechaza expresamente la tesis de que el derecho de contratación pública sea aplicable siempre que un organismo considerado poder adjudicador adquiera bienes en el mercado, y de que dicho derecho obligue a convocar una licitación, implicando necesariamente la celebración de contratos exclusivos. De acuerdo con la argumentación de la sentencia, no se trata de un contrato público, en la medida en que no se selecciona a un único operador (fdo. 36 y 37), ni es un acuerdo marco, puesto que permanece durante toda su vigencia abierto a nuevos operadores (fdo. 41). Como conclusión (fdo. 42): “... no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de este”. Esta jurisprudencia permite, por ejemplo, que sea posible recurrir, para la compra de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, a mecanismos diferentes a los “ordinarios” de contratación pública, conforme a los cuales se fijen condiciones generales, que pueden incluir o no rebajas sobre el precio de financiación a cargo del SNS, abiertas a una pluralidad de proveedores, incluso con la posibilidad de incorporación posterior de otros operadores económicos. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “La compra pública de medicamentos: hacia el necesario equilibrio entre calidad de la prestación asistencial y sostenibilidad financiera del sistema”, *REDA*, núm. 202, 2019, pp. 325-340.

por su objeto de la aplicación de las previsiones de la Ley²⁰. Para ello, la LCSP mejora la sistemática, con varios preceptos distintos que contengan una materia idéntica y un último “cajón de sastre”. Haremos referencia a los de principal incidencia práctica.

2.1

La compra precomercial

La Comunicación de la Comisión sobre la contratación precomercial declara que “se refiere, en principio, a un planteamiento de la contratación de servicios de I+D distinto de aquellos según los que ‘los beneficios pertenecen exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere totalmente la prestación del servicio’ y no constituya ayuda estatal”²¹.

La LCSP 2017, como su predecesora, da sustantividad a la compra precomercial, si bien aquí convendría insistir en la diferenciación entre adquisición de servicios de I+D en régimen de ayudas públicas (negocios excluidos) y la compra pública precomercial, en la que debe existir un reparto de beneficios y riesgos y, obviamente, un procedimiento público²². La compra pública precomercial, como procedimiento de licitación, permite la financiación europea, pero no así si se configura como ayuda pública. Este

20. Así, las actividades docentes (cursos de formación, seminarios, conferencias, y similares), siempre que se trate de personas físicas, no se someten a las previsiones de la LCSP (art. 310). De hecho, la Ley del IRPF entiende que este tipo de actividades tienen la consideración de rendimientos del trabajo (art. 17.2 c de dicha Ley).

21. Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, “La contratación precomercial: impulsar la innovación para dar a Europa servicios públicos de alta calidad y sostenibles”, SEC(2007) 1668, de 14 de diciembre de 2007 –COM(2007) 799 final–. El Libro Verde sobre la modernización de la política de contratación pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, COM(2011) 15 final, p. 50, califica este sistema como una forma importante de fomentar la innovación, que consiste en que los poderes adjudicadores pidan que se desarrollen productos o servicios aún no disponibles en el mercado. Así, la contratación precomercial supone la contratación de servicios de investigación y desarrollo para el desarrollo de nuevas soluciones, con miras a la posible compra del producto o el servicio final a través de un procedimiento normal de contratación pública en una fase posterior.

22. Al respecto puede consultarse el trabajo de A. MIÑO LÓPEZ, “La compra pública innovadora en los sistemas europeo y español de contratación pública”, en J. PERNAS GARCÍA (dir.), *Contratación pública estratégica*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 216-228. También el trabajo de M. A. BERNAL BLAY, “Principios de adjudicación de los contratos de servicios de investigación y desarrollo previos a la comercialización (o la compra pública precomercial)”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 233– 270.

punto me parece muy relevante y de especial atención para no perjudicar la estrategia de impulso de innovación en España (conviene recordar que se introduce un nuevo procedimiento para la compra de innovación: la asociación para la innovación).

Pues bien, este tipo de contrato se cataloga como excluido de la LCSP por el artículo 8 de la misma²³. Quedan excluidos, según indica dicho precepto, los contratos de investigación y desarrollo, excepto aquellos que, además de estar incluidos en los códigos CPV 73000000-2 (servicios de investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos), 73100000-3 (servicios de investigación y desarrollo experimental), 73110000-6 (servicios de investigación), 73111000-3 (servicios de laboratorio de investigación), 73112000-0 (servicios de investigación marina), 73120000-9 (servicios de desarrollo experimental), 73300000-5 (diseño y ejecución en materia de investigación y desarrollo), 73420000-2 (estudio de previabilidad y demostración tecnológica) y 73430000-5 (ensayo y evaluación), cumplan las dos condiciones siguientes:

a) Que los beneficios pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para su utilización en el ejercicio de su propia actividad.

b) Que el servicio prestado sea remunerado íntegramente por el poder adjudicador.

En tanto se cumplieran estos requisitos, a estos servicios les resultarían de aplicación los procedimientos de la LCSP.

2.2

La adquisición de propiedad intelectual a universidades: la transferencia de conocimiento

Interesa advertir que se excluyen también los contratos sobre propiedad incorporea, entre la que, obviamente, se encuentra la propiedad intelectual²⁴.

Entre ellos, podemos citar los contratos que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una universidad pública en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual; son contratos

23. Por todos, R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “Negocios y contratos excluidos”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 294-306.

24. Así, ex artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, cuando se adquieran derechos intelectuales (vinculados a creación, como sucede con la transferencia de conocimiento científico por las universidades, o contratos de producción de radio televisión) estaremos en presencia de contratos privados excluidos de la LCSP.

privados (y nunca un contrato público) ya que tienen la consideración de propiedad incorporeal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición)²⁵.

Los negocios jurídicos suscritos con las universidades públicas sobre la base del artículo 83 de la Ley Orgánica 6/2001 de Universidades (LOU) son contratos de diversa índole (ejecución de un proyecto de investigación, realización de actividades de apoyo tecnológico, medidas analíticas, estudios, ensayos, informes, dictámenes técnicos, etc.), pero no todos ellos tienen la misma consideración jurídica. Algunos, en cuanto creación, serán negocios de resultado de contenido de propiedad incorporeal y no un mero o simple servicio técnico en régimen de mercado. Interesa, pues, la delimitación objetiva de la causa del negocio jurídico que se celebre con una universidad pública en relación con la transferencia de conocimiento²⁶. Para lo que es necesario acudir a las previsiones del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)²⁷.

El artículo 10 LPI dice:

*1. Son objeto de propiedad intelectual todas las **creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro, comprendiéndose entre ellas:***

25. Lo que distingue a la Universidad –y en especial a las universidades públicas– en España, frente a cualquier otra institución y, fundamentalmente, frente a una empresa, es que, junto a las funciones comunes de transmisión de los conocimientos que en un momento dado constituyen el acervo de cada disciplina, está su función de creación, desarrollo y crítica de la ciencia, como acertadamente señala el artículo 1.2 de la LOU. Y esta constituye una de las misiones fundamentales de la Universidad. La transferencia de conocimiento por parte de las universidades forma parte de su misión de servicio público, y por ello, como luego se explicará, no puede entenderse como actividad económica o de mercado. La transferencia de conocimiento tecnológico y científico constituye aquello que se ha venido a llamar “la tercera misión” de la Universidad. Se trata de una función al servicio de la sociedad –art. 1.2.c) LOU– que complementaría a las tradicionales e inescindibles de docencia e investigación, de forma que desempeñe un papel decisivo para impulsar el desarrollo económico y social del entorno territorial en el que cada Universidad se ubica, e incluso del internacional. Se busca con ello que las aportaciones que resulten del nuevo y/o mejor conocimiento generado en la Universidad (de la investigación) tengan aplicación práctica.

26. Interesa el trabajo de J. A. UREÑA SALCEDO, “Ciencia y empresa: la transferencia de conocimientos científicos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, 2014.

27. La propiedad intelectual es el conjunto de derechos de carácter personal y patrimonial que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley (art. 2 de la LRLPI).

a) Los libros, folletos, impresos, epistolarios, escritos, discursos y alocuciones, conferencias, **informes forenses**, explicaciones de cátedra y **cualesquiera otras obras de la misma naturaleza**²⁸.

[...]

f) Los proyectos, planos, maquetas y diseños de obras arquitectónicas y de ingeniería.

g) Los gráficos, mapas y diseños relativos a la topografía, la geografía y, en general, a la ciencia.

[...]

i) Los programas de ordenador. (Negrita nuestra).

De la lectura de este precepto se deduce que el objeto de los derechos de autor es la **obra artística, literaria o científica**.

El listado del artículo 10 LPI no es exhaustivo; sin embargo, de su redacción parece claro que un informe o un dictamen (si bien sería mejor calificarlo como estudio) entran dentro del concepto de obra (letra a], apdo. 1). Esta interpretación resulta avalada, además, por el carácter abierto del listado, dentro del carácter ya de por sí abierto de todo el apartado 1. También nos encontramos con resultados habituales de la actividad de transferencia en las letras f), g) e i) del apartado 1 del artículo 10 LPI. Junto a lo anterior deben incluirse asimismo las bases de datos, en los términos del artículo 12 LPI.

28. Esta previsión es de especial interés en la adquisición de libros por las bibliotecas públicas, pues no encaja fácilmente en el ámbito del contrato de suministro del artículo 16 LCSP (que regula la adquisición de productos). El artículo 2 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, del libro y de las bibliotecas, entiende por libro a toda obra científica, artística, literaria o de cualquier otra índole que constituye una publicación unitaria en uno o varios volúmenes y que puede aparecer impresa o en cualquier otro soporte susceptible de lectura. Se entienden incluidos en la definición de libro, a los efectos de esta Ley, los libros electrónicos y los libros que se publiquen o se difundan por Internet o en otro soporte que pueda aparecer en el futuro, los materiales complementarios de carácter impreso, visual, audiovisual o sonoro que sean editados conjuntamente con el libro y que participen del carácter unitario del mismo, así como cualquier otra manifestación editorial. En este caso, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico está formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP). En estos casos de propiedad intelectual no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público). Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento de libros científicos, por tanto, queda al margen de las reglas y los procedimientos de la contratación pública, al no ser una actividad propia de mercado. *Vid.* en este sentido J. A. MORENO MOLINA, “Adquisiciones de libros científicos excluidas de la LCSP 2017”, publicado en www.obcp.es (marzo de 2018).

Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracteriza por su inmaterialidad (obra versus soporte material). En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares “originales”. Lo relevante es que la actividad intelectual se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro). Por ello, de conformidad con la previsión del artículo 13.1 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (LCTI), que indica que la investigación debe ser “entendida como el trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y su divulgación”, el resultado de la transferencia de investigación, en cuanto actividad de creación de conocimiento —y consecuente originalidad—, es una obra a los efectos de la legislación de propiedad intelectual (el elemento causal es claro y permite diferenciar esta prestación de otras que son claramente contratos de servicios)²⁹.

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de transferencia que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual³⁰. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconoscibilidad/diferenciación de la obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, “no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus corres-

29. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ, la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, ob. cit., pp. 1541-1543).

30. Téngase además en cuenta que las obras derivadas (traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, o cualesquiera transformaciones de una obra) son también obra en el sentido del art. 10 LPI (art. 11 LPI).

pondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores” (art. 13 LPI).

Está claro que, **cuando la actividad de transferencia solicitada por la entidad que contrata con la Universidad se plasma en un resultado que encaja en el concepto de “obra original” establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI.** Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el miembro o el equipo, de entre el personal (docente e) investigador de la Universidad, que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico está formalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)³¹.

El artículo 55.2 de la Ley de Economía Sostenible de 2011 (LES) dice: “La transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, bien se trate de cesión de la titularidad de una patente o de concesión de licencias de explotación sobre la misma, o de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirá por el derecho privado, en los términos previstos por esta Ley y las disposiciones reguladoras y estatutos de las entidades a que se refiere el artículo 53, aplicándose los principios de la legislación del patrimonio de las Administraciones públicas para resolver las dudas y lagunas que puedan presentarse”.

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial, tanto por su definición negativa (no son demaniales) como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (arts. 5.3 y 9 LPAP y 107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no pueden tener nunca consideración de contratos públicos), y así lo reitera expresamente el vigente artículo 36 LCTI.

La LPAP, en relación con la explotación de estos derechos, establece una norma común de transferencia de la propiedad a través de cualquier negocio jurídico de carácter oneroso, pero distingue entre enajenación de inmuebles

31. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

(ordinariamente adjudicación por concurso), de muebles (ordinariamente por subasta) y de derechos de propiedad incorporal (ordinariamente por subasta), si bien permite la adjudicación directa (art. 137.4) cuando “el adquirente sea otra Administración pública o, en general, cualquier persona jurídica de derecho público o privado perteneciente al sector público”³². Y la LCTI (art. 36) indica que se rigen por el derecho privado aplicable con carácter general, con sujeción al principio de libertad de pactos, y podrán ser adjudicados de forma directa, los contratos relativos a la promoción, gestión y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación, suscritos por las universidades públicas (y los organismos públicos de investigación de la Administración General del Estado), cuando se trate de “contratos de colaboración para la valorización y transferencia de resultados de la actividad de investigación, desarrollo e innovación”, o de “contratos de prestación de servicios de investigación y asistencia técnica con entidades públicas y privadas, para la realización de trabajos de carácter científico y técnico o para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación”³³. En este último caso, la Ley exige que si el receptor de los servicios es un poder adjudicador, la adquisición deberá ajustarse a las prescripciones de la normativa de contratación pública para la celebración del correspondiente contrato (no dice contrato público). Es decir, se aplicarán, al ser un contrato excluido de naturaleza privada, las reglas del artículo 4 LCSP: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Por último, la LOU, en su reforma de 2011, regula específicamente los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual del resto de los bienes universitarios, y señala que su administración y gestión se ajustarán a lo previsto en la LCTI.

Resulta, pues, indubitado que los negocios que celebra un poder adjudicador para solicitar transferencia de conocimiento a una universidad pública,

32. La Ley de Economía Sostenible, en su artículo 55, añade dos supuestos de adjudicación directa de derechos incorporales: cuando por las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa, y cuando resulte procedente por la naturaleza y las características del derecho o de la transmisión, según la normativa vigente, como en los casos de las licencias de pleno derecho o de las licencias obligatorias.

33. Como bien señalaba C. AMOEDO SOUTO (“La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión”, en J. PERNAS GARCÍA (dir.), *Contratación pública estratégica*, ob. cit., pp. 392-399), la voluntad del legislador era clara en este aspecto: considerar como contratos sometidos al derecho privado estos contratos de valorización y transferencia de conocimiento científico.

en tanto tengan por finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, *ex* artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la selección directa con la Universidad en cuestión, y sin estar sometido a límites de precios (sería más adecuado hablar de retribución por adquisición).

En esta categoría se incluye la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen “creación original”, y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría)³⁴.

Por supuesto, se podrán realizar tantos contratos privados con una universidad pública como resulte necesario y conveniente, sin que pueda aplicarse limitación alguna *ex* artículo 118 LCSP, al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor³⁵.

Como se ha expuesto, en estos casos no estamos ante una prestación típica del contrato de servicios objeto de regulación de la LCSP (por lo que no tiene la consideración de contrato público)³⁶. Y es que la consideración de derechos protegidos por la normativa sobre propiedad intelectual implica que las condiciones personalísimas del autor (la universidad pública y el concreto personal público sobre quien recae el encargo de creación) sean determinantes para la selección de quién desarrollará la obra (que es una prestación de creación), hasta el punto de que, en muchas ocasiones, la obra que se desarrolla ya puede venir amparada por una protección intelectual previa (artículos o trabajos de investigación). La adquisición de conocimiento científico, por tanto, queda al margen de las reglas y los procedimientos de la contratación

34. Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación con contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, se considera que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en cuanto son propiedad incorporal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

35. C. AMOEDO SOUTO (“La contratación del conocimiento universitario en la encrucijada de la recesión”, *ob. cit.*, pp. 402-403) defiende y argumenta sobre la posibilidad de convenios de colaboración para articular esta relación de transferencia de conocimiento. Sin embargo, la redacción del actual artículo 6 LCSP, y su clara interconexión con la jurisprudencia del TJUE sobre cooperación horizontal, dificultan, en mi opinión, esta opción.

36. *Vid.* al respecto C. A. GÓMEZ OTERO, “La transferencia de resultados de investigación en el cuadrilátero normativo LPAP, LOU, LES y LCTP”, en C. HORGUÉ (dir.), *Impacto de la nueva legislación en la educación superior y la investigación*, Universidad de Sevilla, 2012, pp. 255-281.

pública, al no ser una actividad propia de mercado. Al igual que no se sujetan a reglas de contratación pública la adquisición de bienes de patrimonio cultural (la compra de un Picasso o de un Goya, a modo de ejemplo) ni el desarrollo de las mismas, tampoco la transferencia de conocimiento, en cuanto creación, y no servicio técnico, que se solicita a una universidad pública, que por lo demás –insistimos– tiene una vocación institucional de prestación de servicio público (y no de mercado).

Por último, conviene hacer referencia al aspecto de la titularidad de los derechos de explotación de esa propiedad intelectual, fruto de la actividad de transferencia realizada por el personal (docente e) investigador. En este sentido, el artículo 80.5 LOU advierte: “Formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos de propiedad industrial y propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias. La administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación”.

El artículo 53 de la Ley de Economía Sostenible (LES), cuando habla de la transferencia de resultados en la actividad investigadora, tras afirmar que “estas disposiciones son aplicables a los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas como consecuencia del desempeño de las funciones que les son propias, por el personal investigador de las entidades mencionadas en el apartado anterior, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados a ellas” (art. 53.2 LES), afirma que “se considerarán objeto de propiedad industrial y de propiedad intelectual los reconocidos como tales en la legislación vigente al respecto” (art. 53.3 LES), para luego, en el art. 54.2 LES, afirmar que los derechos de explotación relativos a la “propiedad intelectual” corresponderán a las entidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, “en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual”.

De lo anterior se deduce que **esos derechos son, en lo que nos ocupa, de la universidad pública y, por ello, la causa de los negocios jurídicos ex artículo 83 LOU es realizada por las universidades, en cuanto titulares de la propiedad incorporal en cuestión.** En esta categoría se incluye la emisión de informes, estudios, análisis o validación de datos, etc., que impliquen “creación original”, y donde es relevante el elemento cualitativo de quién realiza la actividad (sería conveniente que las universidades ofrecieran un catálogo extenso del tipo de actividad de transferencia que encaja en esta categoría)³⁷.

37. J. M.^a GIMENO FELIU, “La transferencia de conocimiento...”, ob. cit.

2.3

La adquisición de derechos audiovisuales

Y también la adquisición de servicios audiovisuales, en tanto creación original, será negocio de resultado de contenido de propiedad incorporal, y no un mero o simple servicio en régimen de mercado. Y, en ese caso, un poder adjudicador que adquiriera estos servicios audiovisuales no deberá aplicar las disposiciones de la LCSP³⁸.

La Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual, contempla este tipo de servicios lo mismo como servicios culturales que como servicios económicos, y reconoce expresamente, en su considerando 5, que “su importancia cada vez mayor para las sociedades y la democracia –sobre todo por garantizar la libertad de la información, la diversidad de opinión y el pluralismo de los medios de comunicación–, así como para la educación y la cultura, justifica que se les apliquen normas específicas”.

Esta especificidad sectorial ha sido tradicionalmente tenida en cuenta por las sucesivas directivas europeas de contratos, que, reiteradamente, han venido excluyendo de su ámbito de aplicación los contratos públicos para servicios audiovisuales. Así se recogía tanto en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, como en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Ninguna novedad ha introducido sobre la regulación de este tipo de contratos la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26

38. J. M.^a GIMENO FELIU, “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales de la producción en televisión (derechos intelectuales) a efectos de la aplicación de la normativa de contratos públicos. Procedimientos de adjudicación”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 48, 2018, pp. 312-343. Avala esta interpretación el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, sobre el ámbito de aplicación objetivo del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, donde, en relación con contratos para la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión, se considera que están excluidos del ámbito de aplicación objetivo en cuanto son propiedad incorporal. En este mismo sentido el Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE. De hecho, ha mantenido exactamente el mismo criterio de excluirlos de su ámbito de aplicación. Así, en el considerando 23 de su expositivo, reconoce lo siguiente: “En la adjudicación de contratos públicos para determinados servicios de medios audiovisuales y radiofónicos por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos. Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa”.

Y el artículo 10 de la Directiva 2014/24/UE, bajo la rúbrica “Exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios”, establece lo siguiente:

La presente Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para:

[...]

b) la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, ni a los contratos relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica. A efectos de la presente letra, por “servicio de comunicación audiovisual” y “proveedor del servicio de comunicación” se entenderá, respectivamente, lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letras a) y d), de la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1). Por “programa” se entenderá lo mismo que en el artículo 1, apartado 1, letra b), de dicha Directiva, si bien se incluirán también los programas radiofónicos y los contenidos de los programas radiofónicos. Además, a efectos de la presente disposición, “contenidos del programa” tendrá el mismo significado que “programa”³⁹.

La explicación a esta decisión se encuentra de forma clara en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 15 de enero de 2014, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la

³⁹. Esta misma exclusión se encuentra en el artículo 21 de la Directiva 2014/25/UE, de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

contratación pública [COM(2011)0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD)], cuyo considerando 23 afirma lo siguiente:

*En la adjudicación de contratos públicos para determinados **servicios de medios audiovisuales y radiofónicos** por proveedores de medios de comunicación deben poder tenerse en cuenta aquellas consideraciones de relevancia cultural y social debido a las cuales no resulta adecuada la aplicación de las normas de adjudicación de contratos.*

Por ello, conviene establecer una excepción para los contratos públicos de servicios, adjudicados por los propios proveedores de servicios de medios de comunicación, destinados a la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas listos para su uso y de otros servicios preparatorios, como los relativos a los guiones o a las actuaciones artísticas necesarios para la realización del programa. Debe precisarse que dicha excepción se ha de aplicar tanto a los servicios de medios de difusión como a los servicios de comunicación a la carta (servicios no lineales). Sin embargo, esta exclusión no debe aplicarse al suministro del material técnico necesario para la producción, coproducción y radiodifusión de esos programas.

Se excluyen, así, del concepto de contratos de servicios (salvo suministros técnicos) los servicios audiovisuales. Resulta indubitado, por tanto, que estas adquisiciones de “servicios” audiovisuales –donde existe creación y componente artístico– están excluidas de las reglas de la contratación pública.

Y así lo entendió ya la STJUE de 13 de septiembre de 2007, *Bayerischer*, al analizar este supuesto de exclusión en las directivas precedentes de los años 90, donde, además, advierte que “las disposiciones de esta última Directiva, así como los principios que subyacen a ella, tienen un contenido idéntico al de las disposiciones y principios de las directivas anteriores y la Directiva 2004/18 constituye una refundición de las disposiciones ya existentes. Así, no hay razón que justifique un enfoque diferente con la regulación de esta nueva Directiva” (lo que justifica que esta doctrina continúe vigente en el contexto de la Directiva de 2014, que mantiene la misma regulación). Y en la citada sentencia se concluye lo siguiente: “Puesto que la disposición de que se trata constituye una excepción al objetivo principal de las normas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos, según se señala en el apartado 39 de la presente sentencia, a saber, la libre circulación de los servicios y la mayor apertura posible a la competencia, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Por tanto, solo están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 los contratos públicos que tienen por objeto los servicios citados en el artículo 1, letra a), inciso iv), de esta Directiva. En cambio, están plenamente sometidos a las normas comunitarias los contratos públicos de

servicios sin relación con las actividades que forman parte del cumplimiento de la misión de servicio público propiamente dicha de los organismos públicos de radiodifusión”⁴⁰.

Es decir, **el TJUE entiende que los servicios audiovisuales no forman parte del contenido del contrato de servicios de las directivas de contratación pública**, resultando clara al respecto la voluntad del legislador europeo.

Y dado que **nada ha cambiado en el derecho europeo de la contratación pública y los contratos audiovisuales, la interpretación de la norma nacional de transposición de las directivas de contratación pública debe atender necesariamente a este criterio hermenéutico** (máxime cuando, como expresamente recuerda en su exposición de motivos la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, es finalidad de la misma la correcta transposición del derecho europeo). Interesa esta precisión, pues no todo negocio jurídico tiene la consideración de contrato público. Lo afirma el considerando 4 de la Directiva 2014/24/UE de contratación pública de forma clara: “Las normas de la Unión sobre contratación pública no tienen por objetivo regular todas las formas de desembolso de fondos públicos, sino únicamente aquellas destinadas a la adquisición de obras, suministros o servicios prestados mediante un contrato público”. Para ello la prestación debe estar incluida entre los distintos tipos contractuales: obras, suministros o servicios⁴¹.

Debemos acudir nuevamente al artículo 10 de la LPI ya citado. Como puede apreciarse de la definición expuesta, el medio o soporte en el que se plasma es indiferente, pues la propiedad intelectual, por esencia, se caracte-

40. El abogado general, en sus conclusiones generales, ya había manifestado que el texto del precepto era tan nítido que bastaría acudir al adagio *in claris non fit interpretatio*. La norma liberaba de la obligación de someterse a los procedimientos de licitación a los contratos íntimamente vinculados con el contenido de los programas de radio y de televisión (compra, desarrollo, producción, coproducción, y los relativos a la adquisición de tiempo de radiodifusión). Y advierte que, “Al tratarse de una salvedad a la regla general, requiere una exégesis restrictiva, por lo que cualquier otra actividad gregaria de las expresamente enunciadas ha de formalizarse en un negocio jurídico, tras una licitación pública”.

41. Así, son posibles, en prestación de servicios a las personas en los ámbitos sociosanitarios, técnicas jurídicas de carácter no contractual (como ejemplo, la acción concertada). La Directiva 2014/24 de contratación pública advierte que los poderes públicos siguen “teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” (considerando 114). Me remito a lo expuesto en J. M.^a GIMENO FELIU, “Servicios de salud y reservas de participación ¿una nueva oportunidad para la mejora del SNS? Análisis de los artículos 74 a 77 de la nueva Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, *Derecho y Salud*, vol. 26, núm. 2, 2015, pp. 65-85.

riza por su inmaterialidad (obra versus soporte material)⁴². En el caso de las obras impresas o susceptibles de serlo, así como de las obras en soporte digital, puede haber múltiples ejemplares de la obra, incluso múltiples ejemplares “originales”. Lo relevante es que la actividad intelectual o de creación se plasme en algún tipo de soporte que permita su comunicación o divulgación a terceros (sin que sea necesaria la divulgación de la obra para su protección, como tampoco lo es su registro).

De lo expuesto se constata que los negocios jurídicos de adquisición de servicios audiovisuales que cumplan los requisitos para su protección como obra con derechos de autor, tendrán la consideración de propiedad intelectual⁴³. Estos requisitos son, en primer lugar, su originalidad, en un sentido *objetivo* (entendida como novedad en la forma de expresión de la idea y singularidad/reconocibilidad/diferenciación de la obra), ya sea en la concepción y/o en la ejecución de la obra. El extremo de esta característica implica que la obra no puede ser un plagio. Sin embargo, la originalidad de la obra tiene asimismo un sentido *subjetivo*, como reflejo del espíritu o de la personalidad del autor; lo que significa que la obra está marcada por la individualidad de su autor. Y el segundo requisito para la protección de una obra con derechos de autor es su creatividad, en la medida en que es el resultado de la actividad humana.

Únicamente quedan como obras excluidas, es decir, “no son objeto de propiedad intelectual las disposiciones legales o reglamentarias y sus correspondientes proyectos, las resoluciones de los órganos jurisdiccionales y los actos, acuerdos, deliberaciones y dictámenes de los organismos públicos, así como las traducciones oficiales de todos los textos anteriores” (art. 10 LPI).

Está claro que, **cuando la actividad de adquisición de “servicios” de producción audiovisual es un resultado que encaja en el concepto de “obra original” establecido en el artículo 10 LPI, dicho resultado se rige por lo dispuesto en la LPI** (la causa del negocio, insistimos, la constituyen las propias obras, que no son sino un conglomerado de derechos de explotación de propiedad intelectual y que, en sentido estricto, son propiedades incorpóreas. No son tanto obligaciones de hacer como de resultado). Es más, en este caso, para la entidad solicitante no es indiferente quién va a ser el equipo que desarrolle la actividad, por lo que la nota de la originalidad viene reforzada por el carácter único y personal de la obra en la que consiste el

42. Vid. mi trabajo: “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorpóreos...”, ob. cit.

43. Téngase además en cuenta que las obras derivadas (traducciones, adaptaciones, revisiones, actualizaciones, anotaciones, compendios, resúmenes, extractos, o cualesquiera transformaciones de una obra) son también obra en el sentido del art. 10 LPI (art. 11 LPI).

resultado solicitado. En estos casos, al ser la propiedad intelectual un bien incorporal, el negocio jurídico está normalmente excluido de las previsiones de la LCSP, al no tener consideración de contrato público (art. 9 LCSP)⁴⁴.

Del artículo 7 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), se infiere que los derechos de propiedad industrial o los derechos de explotación de propiedad intelectual son de naturaleza patrimonial tanto por su definición negativa (no son demaniales) como por su encaje en la relación de bienes patrimoniales. Los contratos derivados de esta explotación tienen la consideración de contratos privados (107.3 LPAP) y se regirán por las normas de derecho privado correspondientes a su naturaleza (no pueden tener nunca consideración de contratos públicos). Lo que significa que se regulan por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del artículo 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado.

Sobre esta cuestión conviene recordar el Informe 4/2012, de 31 de enero de 2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares, con relación al ámbito de aplicación objetivo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y los contratos que tienen por objeto la compra, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a la radiodifusión, para su difusión por parte de los organismos de radiodifusión, y los contratos relativos al tiempo de radiodifusión. En este Informe, sobre la base del Informe 11/2009, de 3 de diciembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, se explica cómo esta exclusión encuentra su justificación en que en estos supuestos no nos encontramos ante contratos de servicios, sino ante actividades de transferencia artística. Y así lo argumenta al analizar el significado del proceso de creación de un programa:

Lo que comúnmente denominamos “programas” de radio o de televisión no son ni más ni menos que obras o creaciones audiovisuales difundidas por organismos de radiodifusión y poco o nada importa a nuestros efectos que tales obras residan originalmente en una película cinematográfica, en una videocinta o en otro soporte, ni tampoco que se trate de uno u otro género. En consecuencia, la producción de tele-

⁴⁴. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tendencia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

*visión o de radio o la producción de programas, a las que se refieren las normas comunitarias, no son más que formas distintas de referirse a la producción de obras audiovisuales susceptibles de ser difundidas y puestas a disposición del público por medio de la radiodifusión televisiva o radiofónica. En el caso de la televisión, la producción (y la coproducción) denomina al conjunto de procesos de realización del programa (un audiovisual). De esta manera, la producción engloba a todo el personal, medios técnicos y recursos necesarios para la realización de un programa, organizados en torno a las figuras del realizador o director y del productor. Esta realización comprende normalmente dos etapas: la de preproducción, que abarca las fases de guion, contratación del equipo técnico y artístico y, en su caso, adquisición de derechos sobre la música u otras creaciones artísticas, creación del grafismo del programa, sus créditos, títulos, etc., y finalmente la postproducción: terminada la grabación, se procederá a dotarla de unidad en la edición técnica de las imágenes y en la sonorización. Una vez obtenida la versión definitiva, se procederá a duplicarla tanto para su emisión como para su catalogación y conservación en el archivo. En consecuencia, hay que concluir que la excepción de la Directiva viene referida a un objeto contractual que, además de prestaciones de hacer que puedan considerarse servicios, **contiene otras prestaciones o negocios que no tienen tal consideración, ya que la Directiva no pretende ni puede redefinir el carácter patrimonial o no de los negocios jurídicos que celebran los organismos de radiodifusión sobre propiedades incorpóreas o activos inmateriales**, como son los derechos de autor o los derechos de explotación de obras audiovisuales, sino que lo verdaderamente relevante de la disposición de la Directiva analizada, es que esta no se aplicará cuando sea un organismo de radiodifusión quien celebre los contratos cuyo objeto sea la producción o la adquisición de los derechos necesarios para la difusión de un audiovisual por los servicios de radio o de televisión de dicho organismo (negrita nuestra).*

En definitiva, los dos informes referidos concluyen que los servicios relativos a la producción audiovisual, a la producción artística de todo tipo y a la radiodifusión televisiva o radiofónica, no incluyen la compra ni la coproducción de programas, como tampoco los aspectos relativos al tiempo de radiodifusión, dado que estos últimos negocios jurídicos no son servicios, sino que tienen carácter patrimonial, y, en el caso de las coproducciones, son contratos privados de colaboración.

Resulta, pues, indubitado que los negocios que consistan en la adquisición de obras originales de servicios audiovisuales, en tanto tengan por

finalidad la creación de propiedad intelectual, son contratos privados (y nunca un contrato público), ya que tienen la consideración de propiedad incorporal y, por ello, ex artículo 9, negocio excluido de las previsiones de la LCSP, lo que permite la adquisición directa de los servicios audiovisuales referidos.

Y no puede argumentarse una tensión “indebida” de la competencia, pues los contratos sobre bienes incorporeales no encajan en la idea o el objetivo de libre mercado, ya que, en sí misma, no hay una competencia entre servicios profesionales (y en esos casos no hay que someter nada a la libre competencia, tal y como se advierte por el TJUE en su sentencia de 2 de junio de 2016, asunto C-410/14).

El artículo 9 LCSP, al igual que el 4.1 p) TRLCSP 2011, incluye de forma expresa como negocio excluido las propiedades incorporeales. Y en el artículo 16.2 LCSP se excluyen expresamente del concepto de contrato de suministro los relativos a propiedades incorporeales o valores negociables. Así, como se ha explicado, en cuanto los servicios audiovisuales son propiedad incorporal, resulta incuestionable que son contratos privados donde no se aplica la LCSP.

En todo caso, al ser contratos excluidos de naturaleza privada se aplicarán las reglas del artículo 4 LCSP: “Las relaciones jurídicas, negocios y contratos citados en esta sección quedan excluidos del ámbito de la presente Ley, y se regirán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”.

Obviamente, estos contratos de adquisición de servicios audiovisuales son susceptibles de incluir prestaciones propias de los contratos típicos que regula la LCSP, las cuales deben ser objeto de contratación independiente de conformidad con las previsiones de esa Ley: a) cuando el valor estimado de estas prestaciones sea superior al 50 por ciento del importe total del negocio; b) cuando estas prestaciones no mantengan con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad que permitan considerarlas como una unidad funcional, dirigida a satisfacer una necesidad o a conseguir una finalidad institucional propia del organismo o de la entidad contratante. En estos casos, cuando las prestaciones no sean separables, hay que entender que debe aplicarse el régimen de la prestación principal (art. 18.2 LCSP).

En nada se altera esta conclusión por la circunstancia de que no haya una previsión expresa en la LCSP 2017, a diferencia del TRLCSP 2011, que incorpore la exclusión. Y ello porque, **estando excluidas de la LCSP 2017 las propiedades incorporeales, y siendo los servicios audiovisuales una categoría de estas, resulta innecesaria una concreción singular para estos.** Basta recordar el adagio *in claris non fit interpretatio*. O lo que es lo

mismo, excluido el “género”, no hay que hacer referencia a la exclusión de la “especie”.

Tampoco se altera porque figuren en el artículo 19.2.a) este tipo de contratos audiovisuales como contratos no sujetos a regulación armonizada, y se delimiten objetivamente estos contratos como los que tengan por objeto “la adquisición, el desarrollo, la producción o la coproducción de programas destinados a servicios de comunicación audiovisual o servicios de comunicación radiofónica, que sean adjudicados por proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica, o los relativos al tiempo de radiodifusión o al suministro de programas que sean adjudicados a proveedores del servicio de comunicación audiovisual o radiofónica”.

La consideración como contratos no armonizados reproduce la previsión de la Directiva, que se refiere a estos como a contratos excluidos del ámbito de la referida Directiva. Es decir, la inclusión de esta previsión no supone que dichos contratos estén incluidos en el ámbito de la LCSP, pues la misma LCSP (*ex art.* 9) los ha excluido. Por lo demás, ese artículo 19 se refiere también a los contratos incluidos dentro del ámbito definido por el artículo 346 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se concluyan en el sector de la defensa (que se excluyen en el artículo 5 LCSP), o los servicios de certificación y autenticación de documentos que deban ser prestados por un notario público (que son negocios excluidos en cuanto los notarios son funcionarios públicos especiales). Es decir, **la consideración como servicios no armonizados en este precepto legal no implica, en modo alguno, su sometimiento a las previsiones de la LCSP.**

Además, si el legislador español hubiera querido incluir estas actividades de servicios audiovisuales dentro del ámbito de la LCSP, debería haber explicitado tal decisión (y justificarla, pues se trata de negocios expresamente excluidos tradicionalmente de las directivas de contratación pública). Y nada en la tramitación parlamentaria sugiere tal posibilidad, lo que, por sí mismo, dado que se trata de ajustar la legislación de 2011 a las nuevas directivas de 2014, conduce como única interpretación posible a que la LCSP 2017 mantiene la misma consideración hacia la adquisición de servicios audiovisuales que sus normas predecesoras.

Por último, conviene referir los supuestos en que **se quieran adquirir unos derechos exclusivos sobre servicios donde existen derechos intelectuales que pueden ser objeto de explotación y no tienen carácter de propiedad incorporal.** El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando “las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición

de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador “personalísimo” (obviamente, solo sería aplicable cuando el objeto del contrato fuera una prestación de servicios que conllevara el uso de derechos de propiedad intelectual).

En determinados servicios “técnicos y no de creación” que, al margen de la propiedad incorporal, pueda ofrecer en un servicio audiovisual, el poder adjudicador podrá utilizar este procedimiento *intuitus personae* (avalado en la contratación pública en varias sentencias del TJUE)⁴⁵.

2.4

La adquisición de servicios jurídicos: defensa en proceso jurisdiccional

Más discutible ha resultado la cuestión de contratación de servicios jurídicos. La Directiva 2014/23 es clara al respecto en su artículo 10, al afirmar que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”. **La profesión de abogado se caracteriza por ser un agente activo (partícipe) en la función pública de la Administración de Justicia (art. 30 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española). Y es así en toda Europa, lo que explica la aprobación de la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar**

45. AURÉLIEN, A., “L’intuitus personae dans les contrats de la commande publique”, *Revue Française de Droit Administratif*, 2011, pp. 879 y ss., con interesantes referencias bibliográficas y jurisprudenciales del derecho francés de todas las épocas, así como de las resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, que considera esta como una actividad regulada vinculada a la propia corrección del sistema judicial. De lo que se deduce, *per se*, que no tiene la consideración de relación jurídica de prestación de servicios típicamente civil o mercantil. Por ello se encuentran excluidos de la aplicación de la Directiva servicios de mercado interior de 2006, de 12 de diciembre (2006/123/CE), tal y como indica el considerando 88: “La disposición sobre la libre prestación de servicios no debe aplicarse a los casos en que los Estados miembros, de conformidad con el derecho comunitario, reservan una actividad a una profesión en particular, por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados”.

La Directiva 2014/24/UE ha modificado sustancialmente el régimen jurídico de la regulación de los servicios, eliminando su división en categorías y la aplicación de regímenes jurídicos diferenciados en atención a esa división⁴⁶. En lo que se refiere a la regulación de los servicios jurídicos, la Directiva establecía que estos servicios solamente quedarán sujetos a la normativa contractual pública cuando su presupuesto superara los 750 000 euros (art. 4 de la Directiva), y que su objeto contractual no hubiera sido excluido expresamente al amparo de los artículos 7 a 17 de la misma. Por ello, la Directiva declara al respecto la exclusión de su ámbito de aplicación de determinados servicios jurídicos. En su artículo 10 d) afirma que “no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios para arbitraje y conciliación y tampoco para cualquiera de los siguientes servicios jurídicos: representación legal de un cliente por un abogado, en el sentido del artículo 1 de la Directiva 77/249/CEE del Consejo (de libre prestación de servicios por abogados), en un arbitraje o una conciliación celebrada en un Estado miembro, un tercer país o ante una instancia internacional de conciliación o arbitraje; o en un procedimiento judicial ante los órganos jurisdiccionales o las autoridades públicas de un Estado miembro, un tercer país o ante órganos jurisdiccionales o instituciones internacionales”.

⁴⁶. Los servicios jurídicos se contemplan en el Anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014. Dentro de esta categoría se incluyen una relación de servicios de muy diferente naturaleza y que el vocabulario común de contratos (CPV) aprobado por el Reglamento núm. 213/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007, califica en tres grandes subcategorías que encuadra en los códigos 79110000-8 a 79140000-7: Representación en juicio; Asesoría; y Documentación e información jurídicas. La propia Directiva de contratación pública los define con más precisión y restringe los servicios jurídicos, concretamente los dos primeros (servicios de representación en juicio y asesoría), a los definidos en el art. 1 de la Directiva 77/249/CEE, del Consejo, de 22 de marzo de 1977, que son las actividades de abogacía ejercidas en concepto de prestación de servicios.

Esto significa que, para el derecho europeo, los servicios jurídicos de asesoría y representación en juicio en el ámbito de la contratación pública, que se refieren exclusivamente a los servicios prestados por abogados en cualquier ámbito o especialidad del derecho, están formalmente excluidos y no tienen la consideración de contrato público⁴⁷. Y como explica RUBIO BELTRÁN, países como Italia, Francia o Alemania han excluido los servicios jurídicos de “abogado” de la normativa de contratación pública.

Pero esta exclusión no se contempla de forma expresa en la LCSP. En mi opinión, en tanto se pueda justificar que existen derechos de propiedad intelectual, estarían excluidos los servicios jurídicos de defensa en juicio (como lo están, *ex* artículo 10 de la Ley de Propiedad Intelectual, los “informes forenses”)⁴⁸. Y ello por su propia naturaleza y función, y porque resulta indiscutible que en la elección del abogado por un poder adjudicador hay un claro elemento de confianza que debe prevalecer frente al de la competencia⁴⁹.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la **sentencia de 6 de junio de 2019 –asunto C-264/18–** que re-

47. El considerando 25 de la Directiva justifica la exclusión a la que se refiere el art. 10.d) en el hecho de que el mercado de los servicios jurídicos es eminentemente un mercado nacional porque el derecho varía en cada Estado miembro, y no es este un mercado que se abra a la concurrencia de operadores de otros Estados. También es esa la razón por la que la Directiva aumenta el umbral económico para la aplicación de la regulación armonizada a los servicios jurídicos. El legislador europeo ha ponderado los principios de la contratación pública y ha considerado que no siempre hay que abrir las licitaciones o hay que hacerlo con el mismo grado de publicidad y garantías. El legislador europeo no aplica las medidas y garantías previstas en las directivas, o las pondera en su justa medida, cuando las circunstancias del mercado no exigen su protección. Y así se ha considerado en el caso de la prestación de los servicios jurídicos.

48. En ese mismo sentido se posiciona J. RUBIO BELTRÁN, quien, con una excelente argumentación, advierte que todos los elementos propios que conforman el contrato de servicios jurídicos, de asistencia y representación en juicio, configuran y dotan a estos servicios de unas características especiales. La finalidad del objeto de este tipo de contratos de servicios jurídicos es la obtención de un resultado en el que intervienen factores humanos, intelectuales y de estrategia, lo que lleva a caracterizar este servicio, al igual que otros, como un servicio de carácter intelectual. Y esta caracterización de los servicios jurídicos como servicios intelectuales, obligatoriamente, debe conducir también a dotarlos de un tratamiento y de una regulación específica para su contratación por el sector público. *Vid.* “La contratación de los servicios jurídicos en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *REALA*, núm. 11, 2019, pp. 185-203 (en concreto, p. 202).

49. Lo razona muy bien M. MESA VILA en su trabajo “La mutua confianza como fundamento de los contratos de servicios jurídicos, su no tratamiento en el ámbito de la contratación pública: una reflexión y una propuesta”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 47, 2018. Este autor destaca que, especialmente en los servicios de asesoramiento jurídico continuado, nos encontramos ante un contrato con unas características muy singulares que lo hacen diferente al resto de contratos de servicios, pues se basan en un elemento imponderable y con un marcado grado de subjetividad que choca frontalmente con la objetividad y necesaria ponderación de los criterios de valoración de ofertas y, por tanto, con el sistema de contratación pública.

suelve una cuestión prejudicial en la que se plantea si el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), de la Directiva 2014/24 es compatible con el principio de igualdad, en relación o no con el principio de subsidiariedad y con los artículos 49 TFUE y 56 TFUE, al quedar estos servicios jurídicos excluidos de la aplicación de las normas sobre adjudicación establecidas en dicha Directiva, que sin embargo garantizan la plena competencia y la libre circulación en la contratación de servicios por las autoridades públicas. En este caso, la legislación belga en materia de contratación pública que traspone la Directiva excluye los servicios jurídicos de su ámbito objetivo de aplicación. La sentencia rechaza que la Directiva menoscabe las libertades garantizadas por los tratados, al excluir los servicios jurídicos contemplados en el artículo 10, letras c) y d), incisos i), ii) y v), del ámbito de aplicación de esta, y, por tanto, no obligar a los Estados miembros a someterlos a las normas de adjudicación de contratos públicos.

El TJUE analiza este tipo de relación jurídica y explica y justifica por qué quedan excluidos los servicios de defensa en juicio y el asesoramiento previo, habida cuenta de que en el considerando 25 de la Directiva no queda justificada esta exclusión, como ha quedado dicho. Para el Tribunal lo que motiva la exclusión es que los “[...] servicios prestados por un abogado solo se conciben en el marco de una relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, marcada por la más estricta confidencialidad”. Sigue diciendo la sentencia que “[...] esa relación *intuitu personae* entre el abogado y su cliente, caracterizada por la libre elección de su defensor y la relación de confianza que une al cliente con su abogado dificulta la descripción objetiva de la calidad esperada de los servicios que hayan de prestarse”. Y añade que “[...] la confidencialidad de la relación entre el abogado y su cliente, cuyo objeto consiste, [...] tanto en salvaguardar el pleno ejercicio de los derechos de la defensa de los justiciables como en proteger la exigencia de que todo justiciable tenga la posibilidad de dirigirse con entera libertad a su abogado [...], podría verse amenazada por la obligación del poder adjudicador de precisar las condiciones de adjudicación de ese contrato y la publicidad que debe darse a tales condiciones”.

Y concluye:

De ello se desprende que, debido a sus características objetivas, los servicios contemplados en el artículo 10, letra d), incisos i) y ii), de la Directiva 2014/24 no son comparables a los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de esa Directiva.

39 En tercer lugar, por lo que respecta a los servicios jurídicos comprendidos entre las actividades que participan, siquiera ocasionalmente, del ejercicio de la autoridad pública, contemplados en el artículo 10, letra d), inciso v), de la Directiva 2014/24, esas actividades, y, en consecuencia, esos servicios, están excluidos, con arreglo al artículo 51 TFUE, del ámbito de aplicación de las disposiciones de ese Tratado relativas a la libertad de establecimiento y de las relativas a la libre prestación de servicios con arreglo al artículo 62 TFUE. Tales servicios se distinguen de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esa Directiva ya que participan directa o indirectamente del ejercicio del poder público y de las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses generales del Estado o de las demás colectividades públicas.

40 De ello se desprende que, por su propia naturaleza, servicios jurídicos relacionados, siquiera ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública no son comparables, debido a sus características objetivas, con los demás servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24. Habida cuenta de esa diferencia objetiva, el legislador de la Unión tampoco vulneró en este caso el principio de igualdad de trato al excluirlos, en el marco de su facultad de apreciación, del ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24.

Para el TJUE no hay dudas de que esta relación jurídica está excluida de las normas de contratación pública porque no estamos en presencia de un contrato público de servicios. Y, por coherencia, si no es contrato público de servicios, no se puede justificar, desde el ámbito nacional, esa naturaleza. Es más, por el propio efecto útil del derecho europeo y el carácter “pretoriano” de la jurisprudencia del TJUE habrá que entender (e interpretar la LCSP) que estas relaciones jurídicas no son contratos públicos.

Y de hecho, la LCSP no los excluye de forma expresa como servicios sometidos a las previsiones de la Ley (de hecho, existe la obligación de atender de oficio a quien carezca de recursos, lo que revela la no existencia de una actividad exclusivamente mercantil). Por lo que, desde una interpretación sistemática que articule de forma correcta el ordenamiento jurídico europeo y el nacional, habría que concluir que estos servicios, para preservar el efecto útil de la norma, están excluidos. La explicación, como se ha dicho por el TJUE, viene dada por el carácter singular de la prestación, donde confidencialidad y propiedad intelectual conforman una relación *sui generis* que, aun de carácter oneroso, excluye las reglas de la contratación pública, pues no deben operar aquí los principios vinculados a la tensión competitiva del mercado.

Abunda en esta explicación el dato, como elemento intrínseco, de la imprescindible mutua confianza en la selección de quien presta esta actividad,

que, como apunta MESA VILA, es la base sobre la que se construye la relación entre abogado y cliente. Esta afirmación —explica— tiene su apoyo y fundamento jurídico en el artículo 4 del Código Deontológico de la Abogacía, previsto en el Estatuto de la Abogacía Española, que prescribe lo siguiente:

Artículo 4. Confianza e integridad

La relación entre el cliente y su abogado se fundamenta en la confianza y exige de este una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente.

El abogado, está obligado a no defraudar la confianza de su cliente y a no defender intereses en conflicto con los de aquel.

En los casos de ejercicio colectivo de la abogacía o en colaboración con otros profesionales, el abogado tendrá el derecho y la obligación de rechazar cualquier intervención que pueda resultar contraria a dichos principios de confianza e integridad o implicar conflicto de intereses con clientes de otros miembros del colectivo.

La base de la confianza se configura, de este modo, como una obligación jurídica, pero con un carácter marcadamente personal y subjetivo. Sin embargo, la relación entre abogado y cliente va más allá de su marco normativo, pues en ella destaca, sobre todos los demás, un elemento esencial para la supervivencia de la misma: la confianza, cuya ausencia o pérdida nos llevará inevitablemente a su extinción. Sin confianza no hay negocio jurídico.

La relación del abogado con el cliente debe fundarse en la confianza (STS de 3 de abril de 1990), y, por ello, no procede la utilización de procedimientos competitivos, pues, en sentido estricto, la prestación no es de mercado, al no ser posible una “homogeneización de ofertas”⁵⁰. Tal confianza se justifica no en una decisión caprichosa, pues un elemento esencial de esta actividad es que nos encontramos ante opciones de estrategia procesal donde hay decisiones de carácter intelectual (como los informes forenses) que obligan a concluir que esta relación jurídica tampoco en España encaja en la figura del contrato de servicios y que, aun pese a la posible consideración de contrato armonizado, se trata de una prestación de naturaleza “personalísima”, excluida de las reglas procedimentales propias de la LCSP⁵¹.

⁵⁰. Como explica M. FUERTES LÓPEZ, en relación con la sentencia TJUE de 2 de junio de 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, asunto C-410/14, no hay que aplicar la normativa de contratación pública cuando no hay problemas de competencia o porque se trata de modalidades contractuales no acogidas todavía en el derecho europeo (“Contratos excluidos de las directivas europeas”, en *administracionpublica.com* –junio 2016-).

⁵¹. Debe advertirse, como ha destacado E. MENÉNDEZ SEBASTIÁN (“El contrato de servicios”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 1541-1543), la deficiente definición del contrato de servicios en la LCSP, lo que genera importantes problemas interpretativos prácticos, al existir cierta tenden-

Por todo lo expuesto, y si nos atenemos a la previsión interpretativa del artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal de las directivas europeas sobre esta cuestión, tal y como ha advertido el TJUE, de forma que es evidente que los servicios jurídicos de defensa jurisdiccional no tienen la consideración de contrato público. La interpretación literal viene, en este caso, reforzada por la interpretación sistemática. El ordenamiento jurídico-administrativo constituye un sistema organizado de normas, donde existen principios que garantizan el funcionamiento coherente ante un eventual conflicto entre las mismas. Y entre ellas, en una materia de derecho europeo (con finalidad armonizadora, no se olvide), deben resolverse las dudas interpretativas preservando el efecto útil del derecho europeo y de sus conceptos. De forma que una actividad que desde la lógica europea no tenga consideración de contrato público no la puede tener en la norma nacional. Y para extender las reglas procedimentales a escala nacional –lo que sería discutible– hará falta previsión expresa (con justificación) de tal decisión. Y esto no sucede con la regulación de los servicios jurídicos de defensa en la LCSP (y no se puede dar como algo “implícito”, como pretende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el referido Informe 4/2019).

En definitiva, estas actividades de defensa jurídica en procesos jurisdiccionales están excluidas de la LCSP desde la lógica tanto gramatical como sistemática y teleológica.

Y si es un contrato excluido de la LCSP su naturaleza será, como la de todo contrato vinculado a la propiedad incorporal, la de contrato privado (lo que significa que se regula por sus propias normas, no siendo de aplicación la previsión del art. 26 LCSP, pues se refiere a contratos públicos con régimen jurídico privado), sin que pueda aplicarse limitación alguna ex artículo 118 LCSP,

cia, errónea, a incluir en este tipo toda prestación que no sea obra o suministro. El Informe 41/96, de 22 de julio de 1996, “Consulta sobre diversos tipos de contratos”, de la JCCA del Estado, ya había informado que “Los contratos de adquisición de propiedad intelectual, se rigen por la legislación patrimonial del Estado, sin perjuicio de la posible aplicación de la legislación específica de propiedad intelectual”.

al no tramitarse –ni poder tramitarse– esta adquisición de conocimiento como contrato menor⁵². Esto significa que no hay límite temporal del contrato, que vendrá vinculado al cumplimiento efectivo de la prestación (como indica la legislación del derecho privado aplicable y ya admite el artículo 29 LCSP), ni límite cuantitativo del contrato (aunque la retribución deberá figurar explicitada en el contrato que se suscriba y ser adecuada a los honorarios propios de esta actividad). Obviamente, en cuanto se trata de un contrato que realiza una entidad del sector público, deberá existir un expediente administrativo que justifique la necesidad de la prestación y (aun de forma sucinta) los motivos de selección, determinando las condiciones del contrato a celebrar⁵³.

2.5

El nuevo modelo de acción concertada y sus posibilidades prácticas

En la prestación de servicios a las personas en ámbitos tan sensibles como sanidad, educación y servicios sociales, interesa de especial modo la correcta prestación a un nivel óptimo de calidad de dichos servicios, atendiendo al mejor resultado que pueda obtenerse. Lo que tiene su importancia a la hora de articular los mecanismos jurídicos para su puesta en funcionamiento, de tal manera que pueden utilizarse fórmulas no contractuales o, en su caso, preverse singularidades para el concreto contrato público⁵⁴.

52. Este criterio lo he defendido al analizar los contratos de producción televisiva. Vid. “Estudio jurídico sobre la condición de bienes incorporales...”, ob. cit.

53. Ni siquiera es de aplicación el artículo 168 LCSP, que habilita un procedimiento negociado sin publicidad cuando “las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial”. El elemento de derechos de propiedad intelectual es evidente siempre que se pretenda la relación en la que se ponga como valor para la decisión de adquisición un elemento diferenciador “personalísimo”.

54. Opción validada, **sobre la base del principio de solidaridad**, por la STJUE de 17 de junio 1997, *Sodemare* (asunto C-70/95), que admite excepciones al principio de libre competencia en el caso de contratos en el marco del sistema de la seguridad social en favor de entidades sin ánimo de lucro (apartado 32). Desde esta premisa, puede afirmarse que el proceso de transposición de la Directiva europea sobre contratación pública (Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, DOUE L 94, de 28 de marzo de 2014) a la legislación interna **permite diseñar un nuevo marco regulatorio alejado del tradicional modelo de contratación pública, pues los artículos 76 y 77, de alcance potestativo para los Estados, habilitan tanto la reserva de contratos como un régimen singular en el ámbito de la salud y de los servicios sociales en servicios a personas** (y de educación). Incluso debe considerarse, de acuerdo con el artículo 76.2 de la citada Directiva, la conveniencia de adaptar el modelo sanitario y de servicios sociales a las personas, centrado en las características antes relaciona-

La STJUE de 28 de enero de 2016, *CASTA y otros*, asunto C-50/14, supuso la apertura de nuevas perspectivas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro, en el ámbito de prestaciones a personas en los sectores sanitarios y sociales. El TJUE advierte que la regla general es que un contrato no puede quedar excluido del concepto de contrato público por el solo hecho de que la retribución prevista se limite al reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio, o de que sea celebrado con una entidad sin ánimo de lucro (véase en ese sentido la sentencia *Croce Rossa y otros*, asunto C-113/13). Pero reconoce que, en casos de servicios sanitarios a personas, es posible que una normativa nacional habilite la adjudicación directa, sin forma alguna de publicidad, a asociaciones de voluntariado, siempre que el marco legal y convencional en el que se desarrolla la actividad de esos organismos contribuya realmente a una finalidad social y a la prosecución de objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria⁵⁵. La argumentación es muy clara:

60. Ciertamente, en el ejercicio de esa competencia los Estados miembros no pueden introducir o mantener restricciones injustificadas al ejercicio de las libertades fundamentales en el ámbito de la asistencia sanitaria. Sin embargo, en la apreciación del respeto de esa prohibición es necesario tener en cuenta que la salud y la vida de las personas ocupan el primer puesto entre los bienes e intereses protegidos por el Tratado y que corresponde a los Estados miembros, que disponen de un margen de apreciación, decidir qué nivel de protección de la salud pública pretenden asegurar y de qué manera debe alcanzarse ese nivel (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 56 y jurisprudencia citada).

das, poniendo en valor, pero no de manera excluyente, la colaboración de entidades del tercer sector con una importante implantación social, en cuanto se ha acreditado que es un modelo de éxito, de contrastados resultados económicos y de muy elevada calidad prestacional y de responsabilidad institucional. Los poderes públicos, como ya se ha advertido en este estudio, siguen “teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación” [considerando 114]. Esta excepción, aunque poco clara, parece lógico extenderla a todo servicio a la persona, social o sanitario, a la vista de la redacción del articulado descrito. Y, en su caso, deberá respetar las mismas reglas y principios.

⁵⁵. Sobre el significado de esta jurisprudencia me remito a mi mi trabajo: “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 52, 2018, pp. 25-37. Vid. también M. A. BERNAL BLAY, “La contratación de los servicios a las personas”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2864-2865.

61. *Por otra parte, no solo un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social puede constituir, en sí mismo, una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo a la libre prestación de servicios, sino que además el objetivo de mantener por razones de salud pública un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos también puede estar comprendido en una de las excepciones por razones de salud pública, en la medida en que dicho objetivo contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud. Entran en ese ámbito las medidas que, por un lado, respondan al objetivo de garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones médicas de calidad y, por otro lado, deriven de la voluntad de lograr un control de los gastos y de evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de medios financieros, técnicos y humanos (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, apartado 57 y jurisprudencia citada).*

62. *En segundo lugar, un Estado miembro puede considerar, dentro del margen de apreciación del que dispone para decidir el nivel de protección de la salud pública y organizar su sistema de seguridad social, que el recurso a las asociaciones de voluntariado corresponde a la finalidad social del servicio de transporte sanitario y puede contribuir a controlar los costes ligados a ese servicio (véase en ese sentido la sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 59).*

63. *Sin embargo, un sistema de organización del servicio de transporte sanitario como el que es objeto en el litigio principal, que permite a las autoridades competentes recurrir a asociaciones de voluntariado, debe contribuir efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan (sentencia Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino” y otros, C113/13, EU:C:2014:2440, apartado 60).*

El TJUE, admitida esta posibilidad de cooperación, recuerda cuáles deben ser los principios que deben respetarse para validarse esta posibilidad:

a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las entidades privadas no persigan objetivos distintos a los de solidaridad y eficacia presupuestaria que lo sustentan⁵⁶;

⁵⁶. Sobre este aspecto, la STJUE de 21 de marzo de 2019, *Falck A/S*, define el concepto de entidades sin ánimo de lucro en los siguientes términos: “(59) Constituyen ‘organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro’, en el sentido del artículo 10, letra h), de la Directiva

b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;

c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional (sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 “Spezzino”* y otros, C113/13, apartado 61).

Asimismo, establece una importante cautela de ámbito general, y recuerda el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho.

Desde esta lógica cabe admitir la posibilidad de convenios de cooperación entre entidades del sector público y entidades privadas sin ánimo de lucro (avala esta interpretación de que pueda existir un régimen no contractual para la prestación de servicios sanitarios o sociales la previsión que a tal efecto se contiene en la disposición adicional cuadragésima novena LCSP), al margen de que el objeto pueda tener la consideración de una prestación contractual típica.

Esto significa que, frente a las reglas ordinarias de la contratación pública, en estas prestaciones la legislación europea y la española habilitan la utilización de “nuevas figuras” como la acción concertada, configurada como instrumento de “homologación” de entidades privadas para que puedan prestar ciertas funciones asistenciales del entorno público⁵⁷. El artículo 11.6 LCSP indica lo siguiente: “Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin

2014/24, [ídem redacción al artículo 19.2.f LCSP] las organizaciones o asociaciones que tienen como objetivo desempeñar funciones sociales, carecen de finalidad comercial y reinvierten los eventuales beneficios con el fin de alcanzar el objetivo de la organización o asociación”. Señala por otra parte, en su apartado 60, que las organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro tampoco han de considerarse equivalentes a aquellos operadores a los que se reservan determinados contratos.

⁵⁷. En este supuesto, la “colaboración público-privada” con entidades del tercer sector (o de economía social), habilitada legalmente de forma expresa –Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social–, puede ser una estrategia muy adecuada para conseguir una mejor y más eficiente prestación de servicios de salud a las personas. En España, al igual que en otros países europeos, ha existido una fuerte actividad del tercer sector en estos ámbitos, que ha permitido hacer efectivas, en muchos casos, la cohesión y eficacia del modelo público sanitario; su implicación social, su profesionalidad, su vocación solidaria son unas señas de identidad que no pueden ser obviadas, desde una simple visión mercantilista, por las organizaciones públicas. Es más, puede ser una estrategia pública el fomento de este tipo de colaboración, en cuanto refuerza un modelo más cohesionado y eficiente, y claramente vinculado a la lógica de un desarrollo sostenible.

necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”. Así, la propia LCSP admite la posibilidad de esta fórmula de acción concertada⁵⁸.

El régimen de acción concertada, como complemento al modelo de asistencia pública sanitaria y de prestación de servicios sociales, es una opción organizativa (como sucede con el sector educativo) que exige la previsión legal expresa que determine el alcance y significado de esta acción concertada, que determine las modalidades de servicios y prestaciones, así como el sistema retributivo. En ningún caso podrá ocultar prestaciones que merezcan consideración de contrato de servicios⁵⁹. Esta técnica es en la práctica, como ya advertía JORDANA DE POZAS, un modelo de fomento administrativo por el que se publica la gestión de actividades de particulares con vocación de coadyuvar en la satisfacción del interés público.

Por ello, es necesario que se respeten adecuadamente las exigencias fijadas por el TJUE al respecto:

- a) se requiere que, cuando actúan en ese marco, las asociaciones de voluntariado no persigan objetivos distintos “a los de solidaridad y de eficacia presupuestaria que lo sustentan”;
- b) que no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de los costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros;
- c) si bien es admisible el recurso a trabajadores, puesto que, en su defecto, se privaría a esas asociaciones de la posibilidad efectiva de actuar en numerosos ámbitos en los que puede ponerse en práctica normalmente el principio de solidaridad, la actividad de esas asociaciones debe respetar estrictamente las exigencias que les impone la normativa nacional al regular el voluntariado o la

⁵⁸. La propia Exposición de Motivos LCSP afirma que “los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación”.

⁵⁹. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “La colaboración público-privada en el ámbito de los servicios sociales y sanitarios dirigidos a las personas. Condicionantes europeos y constitucionales”, ob. cit., pp. 12-66.

economía social y determinar sus específicas condiciones (sentencia *Azienda sanitaria locale* n. 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartado 61)⁶⁰;

d) asimismo se establece una importante cautela de ámbito general, y se recuerda que el principio general del derecho de la Unión de prohibición del abuso de derecho (es decir, utilización indebida de esta habilitación legal para inaplicar principios como igualdad de trato o de concurrencia, o favorecer a determinadas empresas nacionales) no habilita una aplicación de esa normativa que ampare prácticas abusivas de las asociaciones de voluntariado o de sus miembros.

Si no se cumplieran estos requisitos, la decisión administrativa sería contraria a los principios de la contratación pública y de la gestión de las prestaciones sanitarias. Y, por ello, podría ser objeto de impugnación tanto ante la justicia administrativa como ante las autoridades competentes de defensa de la competencia.

De lo que se deduce, por lo demás, que una regla de “preferencia” no puede extenderse como regla general en la prestación de estos servicios, pues se quebraría la exigencia del debido respeto a los equilibrios como garantía de la correcta prestación del servicio público sociosanitario.

Por supuesto, tal y como se viene realizando, los centros que opten a un modelo de acción concertada deberán disponer de autorización administrativa e inscripción en el registro oficial de centros y establecimientos sanitarios, y superar un proceso de acreditación sustentado en rigurosos estándares de calidad previamente establecidos por la Administración sanitaria o la de servicios sociales; asimismo implica el cumplimiento de un conjunto de obligaciones de gestión y control fijadas legalmente y desarrolladas reglamentariamente⁶¹.

Corresponderá a la Administración pública competente, dentro de las directrices de planificación, establecer los aspectos básicos a los que deben

60. Así pues, la actividad de las asociaciones de voluntariado solo puede ser ejercida por trabajadores dentro de los límites necesarios para su funcionamiento normal. En cuanto al reembolso de los costes, debe procurarse que no se persiga fin lucrativo alguno, ni siquiera indirecto, al amparo de una actividad de voluntariado, y que el participante pueda obtener únicamente el reembolso de los gastos efectivamente soportados como consecuencia de la prestación de la actividad, dentro de los límites establecidos previamente por las propias asociaciones (sentencia *Azienda sanitaria locale* n. 5 “Spezzino” y otros, C-113/13, apartado 62).

61. No se trata, por tanto, de una “variante” de la contratación pública. La acción concertada no es un contrato público. Sorprende por ello, a nivel autonómico, la previsión adoptada en Andalucía en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales, al afirmar –de forma claramente errónea– que el concierto social se configura como un contrato administrativo especial que garantiza la forma más idónea para satisfacer los intereses generales y los de los colectivos destinatarios de los servicios prestados (art. 1.2). Esta calificación como contrato administrativo especial en modo alguno responde a lo que es la esencia y justificación de la acción concertada, a la vez que implica una clara “desviación” sobre la tipología contractual contenida en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

someterse los conciertos sanitarios y de servicios sociales, y su alcance. En concreto, el número máximo de centros concertados, la tramitación de la solicitud para acogerse a tal modalidad, la duración máxima del concierto y las causas de extinción; las obligaciones de la titularidad del centro concertado y de la Administración sanitaria; el sometimiento del concierto al derecho administrativo y, en su caso, las singularidades del régimen del personal sanitario. Existirán unas Bases de Acción Concertada que determinarán los derechos y obligaciones derivados de la citada selección, estableciéndose las condiciones técnicas y económicas para la prestación de la concreta actividad concertada. Los centros que accedan al régimen de concertación sanitaria o social deberán formalizar con la Administración el correspondiente acuerdo de acción concertada.

La elección de centro sanitario o de servicios sociales privado “concertado” no implicará en ningún caso un trato menos favorable, ni una desventaja, para los ciudadanos, y deberá respetarse la equivalencia de prestación de la cartera de servicios. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las prestaciones sanitarias o de servicios sociales objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.

En todo caso, conviene advertir que las fórmulas de colaboración público-privada por las que se opte, y su “intensidad”, no pueden amparar situaciones que comporten una “privatización” del modelo, ni, por supuesto, que se pueda “abrir un mercado”, en claro fraude a la esencia del modelo (por ello, la venta de participaciones a un nuevo socio privado, o la transformación en una sociedad de estructura accionarial distinta, debería implicar la necesaria “salida” del sistema, para evitar fraudes a los principios del modelo regulatorio que funcionan como límite inquebrantable). Y tampoco puede “cartelizarse” a favor de entidades del tercer sector, pues se quebraría la justificación de su preferencia como política de “discriminación positiva”.

Insistimos en que la acción concertada es una técnica jurídica complementaria a la del contrato público, que exige prudencia en la aplicación de decisiones que favorezcan a un determinado sector. Y en que la opción de romper el principio de igualdad entre distintos proveedores exige justificar que realmente se dan las circunstancias que permiten ese trato “privilegiado” (no basta con ser una entidad sin ánimo de lucro, pues el derecho europeo exige que se trate de organizaciones vinculadas al principio de solidaridad) y no se pervierte la regla de la mejor eficiencia y calidad en la prestación de los servicios sanitarios, pues es esta la única justificación admisible (y no las preferencias ideológicas).

En todo caso, para esta posibilidad, con los límites descritos, es necesaria una norma legal (dentro del marco competencial español, de las comunidades autónomas) que prevea y regule esta posibilidad⁶². Sin ese marco legal expreso se deberán aplicar las reglas ordinarias de la contratación pública, lo que puede conducir a ciertos efectos “perversos”. Así, si la opción política es de una sensibilidad social en estos sectores clave, tan vinculados en España al desarrollo de la prestación de importantes servicios a las personas, en un entorno de colaboración público-privada guiado por el principio de solidaridad y calidad, deberá regularse esta posibilidad (sirva de ejemplo la Ley Balear 12/2018, de servicios sociales a las personas).

2.6

Los modelos de organización administrativa

Por otra parte, aunque nada se dice de forma expresa, resulta evidente que quedan fuera del ámbito de la Ley de Contratos del Sector Público las cuestiones de organización administrativa, como son los casos de descentralización (el derecho europeo garantiza un ámbito de decisión organizativa propia, al margen de la legislación contractual). El TJUE ha tenido también ocasión de pronunciarse sobre estos supuestos, aunque, de momento, de manera puntual. Entre otras referencias, debemos destacar especialmente la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*. En este procedimiento el TJUE vino a enjuiciar la atribución que determinadas autoridades locales alemanas habían realizado de sus competencias en materia de recogida y tratamiento de residuos a un consorcio administrativo creado por ellas. Ante la constatación de que dicho consorcio, por el volumen de actividades que realizaba con terceros, no cumplía con los requisitos para ser considerado como un medio propio personificado, y de que la atribución de dichos servicios al consorcio tampoco pretendía establecer una relación de cooperación entre las partes, el TJUE llega a la conclusión de que la normativa europea en materia de contratación pública “[...] debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público un acuerdo entre dos entidades territoriales

62. La competencia de desarrollo de las técnicas de acción concertada o de “singularidad” de la contratación pública en los servicios sanitarios a las personas es de las comunidades autónomas. Existe una competencia compartida que exige el adecuado “equilibrio” de regulaciones (sirve de referencia la STC de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013). Lo que no debe desincentivar el desarrollo competencial, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de la comunidad autónoma.

[...], sobre la base del cual estas adoptan un estatuto por el que se crea un consorcio de entidades, con personalidad jurídica de derecho público, y por el que se transfiere a esa nueva entidad pública determinadas competencias de las que disfrutaban esas entidades hasta entonces y que en adelante corresponderán al consorcio de entidades (apartado 55)”.

En todo caso, como bien destaca M. VILALTA REIXACH, la aplicación de esta excepción debe realizarse también de forma estricta y sujeta al cumplimiento de determinados límites, para evitar que cualquier mera relación intersubjetiva atributiva de un servicio pueda considerarse como un supuesto de redistribución de competencias entre entidades públicas excluido del ámbito de aplicación de la legislación contractual. Analizando el artículo 1.6 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, y la citada STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-51/15, *Remondis GmbH*, se puede concluir que los supuestos de transferencias de competencias entre entidades públicas excluidos del ámbito contractual deberían suponer, como mínimo, dos consecuencias: a) asunción de responsabilidades y autonomía decisoria, y b) ausencia de retribución y autonomía financiera⁶³.

3

Los nuevos tipos contractuales y su incidencia práctica

La LCSP incorpora importantes novedades en la tipología de los contratos, optando por incorporar los conceptos del derecho europeo.

3.1

La depuración de los tipos contractuales desde la visión europea

En la tipología de contratos, la LCSP de 2017 opta, a mi juicio correctamente, por un ajuste de definiciones de obras y servicios, a la vez que se opta por el concepto funcional de obras: que exista influencia en la decisión final (STJUE de 30 de octubre de 2009, Comisión/Alemania) de concesión de obras y de concesión de servicios. Desaparece, por ello, el tipo contractual de servicios públicos⁶⁴. Lo que no impide un régimen jurídico “más intenso” en prestacio-

⁶³. M. VILALTA REIXACH, *De nuevo sobre los negocios jurídicos excluidos de la Ley de Contratos del Sector Público: encargos a medios propios personificados y transferencias de competencias entre entidades públicas*, 2019.

⁶⁴. Frente a la opinión en este aspecto del Consejo de Estado. La tesis a favor de la supervivencia del contrato de gestión de servicios públicos ha sido defendida y argumentada

nes 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)⁶⁵.

Por otra parte, “desaparece” el tipo de contrato de colaboración público-privada (decisión motivada en la experiencia práctica, pretendiendo evitar confusiones o incorrecto uso), si bien las distintas fórmulas de colaboración público-privada pueden desarrollarse aplicando las previsiones propias de las concesiones de obras y las concesiones de servicios⁶⁶.

Se regula el contrato mixto, conforme a la jurisprudencia del TJUE, atendiendo a la regla general de valor estimado de la prestación principal (artículo 13 LCSP/2017). Se aclara que los contratos administrativos/privados son, en esencia, “régimen jurídico”, y no, por tanto, tipos de contratos (artículos 24 a 26 LCSP/2017).

La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el “régimen de servicio público”, dado que las notas propias de regularidad, continuidad y

por J. L. MARTÍNEZ-ALONSO en su trabajo: “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos, en “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.

65. Así lo destaca también J. ALEMANY GARCÍAS, *La recuperación de los servicios públicos locales. (Texto actualizado a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público)*, Civitas, Madrid, 2018, pp. 32-35. No comparto la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en su estudio: “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *RAP*, núm. 202, 2017, pp. 13-41. 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, y favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

66. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español”, y quizá por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y los conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M.^a HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico (*La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012, pp. 534-541). Vid. también M.^a Á. FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, “El necesario cambio de configuración del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado ante su escaso empleo en la práctica”, *REDA*, núm. 167, 2014, pp. 293-326.

equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como en el de concesión de servicios⁶⁷.

En todo caso, conviene insistir en que el debate sobre la forma de prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público⁶⁸, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁶⁹. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. El alcance sobre las fórmulas de colaboración público-privada y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quién presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente⁷⁰.

67. A. FORTES MARTÍN lo explica bien al recordar que, “Sea como fuere, el legislador estatal, al incorporar el artículo 312 en el texto de la LCSP, entendemos que ‘renuncia’, siquiera de forma parcial, a su decisión de suprimir el contrato de gestión de servicios públicos al caer en la cuenta de que ‘no todo es blanco o negro’ en la consideración de un contrato como de servicios o de concesión de servicios. Más bien, existe una zona intermedia, un escenario en el que se prestan auténticos servicios públicos donde, si bien no hay traslación al contratista del riesgo operacional en el umbral exigente marcado por la DACC (...) el mero contrato de servicios no alcanza tampoco a satisfacerlo por ‘quedarse corto’” (*La gestión contractual del servicio de recogida de residuos domésticos*, Lustel, Madrid, 2018, p. 252).

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

69. El contrato público y la concesión son herramientas para la mejor satisfacción de necesidades de la ciudadanía, por lo que hay que preservar una gestión pública que ampare la idea del necesario equilibrio jurídico entre lo público y lo privado, y la seguridad jurídica de las inversiones. Al respecto, *in totum*, me remito al estudio de J. M.^a GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS, *El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cámara de Comercio de Barcelona, 2017.

70. Sobre el significado de la nueva regulación europea de la colaboración público-privada me remito a F. CAAMAÑO, J. M.^a GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit Editorial, Barcelona, 2017, pp. 57-83. También a J. M.^a GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13.

El artículo 29 LCSP regula los plazos de los contratos y opta por que el plazo de contratos de servicios y concesiones sea común a todo poder adjudicador, con excepciones justificadas (como el retorno de las inversiones, complejidad del servicio, etc.). El plazo ordinario de duración de los contratos de servicios y concesión de servicios es de 5 años (porque es el que referencia la Directiva de concesiones)⁷¹. Este precepto establece tres supuestos que posibilitan, en contratos de servicios –porque no hay transferencia de riesgos–, un plazo de ejecución del contrato superior a cinco años. Lo que ejemplifica la voluntad del legislador estatal de reconducir el plazo del contrato a la verdadera causa del mismo para garantizar la correcta ejecución, tal y como refiere, insistimos, el artículo 29.1 LCSP.

El primer supuesto establece un plazo superior a cinco años cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato, y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación. La redacción de esta previsión es clara y permite, por tanto, entender que ya resulta posible adoptar un plazo mayor cuando concurren las circunstancias relativas a recuperación de la inversión y su amortización⁷². Circunstancias, *per se*, objetivas, que no permiten libertad de decisión, pues son conceptos claramente determinables y controlables.

La matización posterior de que “El concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario” en nada condiciona la inmediata eficacia de la previsión legal, porque nada dice la norma legal de que “demore la eficacia” esa aprobación reglamentaria, pues de la misma no se puede deducir que esa regulación sea habilitante, ya que la Ley habla de que el concepto será objeto de desarrollo, pero no de que sea previa su definición o delimitación. Ni el hecho de desarrollo del concepto implica indeterminación del mismo. Y ello porque este concepto no es nuevo y tiene fundamento en la normativa contable y en la normativa europea SEC 2010, de

71. Como dice X. LAZO VITORIA, “la reiteración en el art. 29 LCSP de las conocidas reglas sobre plazos máximos de las concesiones (40, 25 y 10 años, dependiendo de su objeto) en nada desvirtúan la regla del art. 18 (de la Directiva de Concesiones) cuya aplicación es en todo caso preferente” (“El riesgo operacional ¿una nueva era para los contratos de concesión?”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 62-69).

72. Vid. M. M.^a RAZQUIN y F. J. VÁZQUEZ MATILLA, *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 108.

directa aplicación. Existen, pues, elementos suficientes y transparentes para que la Administración pueda determinar el coste relevante de la inversión, de cara a determinar el plazo máximo de un contrato de servicios como el que es objeto de consulta en este Informe⁷³.

Es más, conforme al artículo 3 del Código Civil, “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible. No parece, sin embargo, que pueda inducir a error la redacción literal, pues la Ley en modo alguno condiciona a un posterior desarrollo reglamentario de un concepto la eficacia de la determinación del plazo. Tampoco desde una perspectiva sistemática, pues ninguna de las disposiciones transitorias (esa es su función) determina o condiciona la eficacia de la determinación del plazo. Es más, si la Ley hubiera querido diferir la aplicación de esta regla lo debería haber hecho mediante una disposición transitoria (como, por cierto, sí se hace para la exigencia de inscripción obligatoria en el ROLECE).

Por último, la interpretación teleológica del precepto, en su contexto europeo y de la finalidad del cambio de regulación, es prístina al pretender una nueva determinación del régimen de los contratos de servicios o suministros por referencia a costes de amortización, sin necesidad de transferir riesgo operacional, pues podría desvirtuarse la correcta tipificación del contrato (como sucedía con la legislación nacional) o impedirse la correcta prestación de “servicios públicos” esenciales, donde no es conveniente la transferencia de riesgos y los plazos a cinco años resultan claramente insuficientes.

Por ello, a la vista de las previsiones de entrada en vigor de la LCSP, resulta indubitado que el plazo de servicios puede ser superior a cinco años, aunque no exista desarrollo reglamentario del concepto de coste relevante. Obviamente, como en toda decisión pública, el órgano de contratación deberá explicar de forma transparente los motivos del plazo fijado, que en modo alguno puede pervertir la competencia ni otorgar una financiación indebida o un enriquecimiento injusto.

⁷³. A título de ejemplo, resulta de interés el estudio de E. ENGEL, R. FISCHER y A. GALETOVIC, “Políticas eficientes de inversión y tarificación de las infraestructuras del transporte en España”, *Fedea Policy Papers*, núm. 2018-01, Madrid.

3.2

La nueva “dimensión” de las concesiones de obras y de servicios y su delimitación por el sistema de retribución de los contratos de obras y de servicios

El marco de la colaboración público-privada como estrategia en la provisión de servicios o de obras está de actualidad, no solo por los evidentes motivos de la necesaria estabilidad financiera-presupuestaria, sino sobre todo por la **oportunidad de habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas, que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés relevante que difícilmente se pueden articular bajo la arquitectura tradicional de los contratos públicos ordinarios**⁷⁴.

Son cuatro los objetivos de las distintas fórmulas de colaboración público-privada: mayor eficiencia económica, implicación más directa del sector privado, aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos y, también, la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas⁷⁵. Esto explica la extensión de estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras, incrementando la eficiencia⁷⁶. No obstante, no debería ser ese el único

74. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 435-462. También, de la misma autora, “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007, pp. 645-662. Entre la bibliografía más reciente, A. I. PEIRÓ BAQUEDANO, *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*, Aranzadi, 2019.

75. M. GARCÉS recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de la exigencia de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en cuanto que las empresas constructoras tienden a reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Además, se libera al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. Vid. M. GARCÉS SANAGUSTÍN, “En torno a la colaboración”, en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. En el mismo sentido, M.^a HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 530-532.

76. Así, el Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001, advierte de esta circunstancia, y recuerda que la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Informe “Réseaux Transeuropéens” (1993), declara que “los mecanismos de financiación extrapresupuestaria están llamados a cumplir, a buen seguro, una función adicional y complementaria respecto a los sistemas tradicionales de financiación pública, exclusiva y directa”.

criterio, sino más bien la cláusula de valor por dinero, y en ese análisis hay que advertir de posibles deficiencias, como la pérdida del control público de las decisiones, los riesgos políticos y de rendición de cuentas, la posible reducción o pérdida de la competencia en un mercado “cerrado”, o el que esos servicios sean pagados directamente por los ciudadanos.

Una de las cuestiones que más claramente justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que finalmente soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, al menos en potencia, a importantes costes financieros⁷⁷. Esto explica que en los últimos años se haya producido en España un aluvión de contratos CPP: la crisis ha sido un elemento que ha resultado un factor determinante en el aumento del uso de la colaboración público-privada⁷⁸.

Con la nueva LCSP de 2017, como se ha indicado, desaparece el tipo contractual de colaboración público-privada (una adecuada trasposición hizo llegar a la conclusión de que no resulta necesario –ni conveniente– mantener la figura española del contrato de colaboración entre sector público y sector privado, pues, en puridad, toda concesión es una modalidad de PPP)⁷⁹. La opción de realizar CPP (desde de la perspectiva de SEC 2010) se encuentra en la regulación de concesiones⁸⁰. Se incorpora, por lo demás, una definición de contrato de

77. J. F. MESTRE DELGADO recuerda con acierto que las directivas europeas han ido consolidando este modelo de colaboración público-privada, en su trabajo: “Las principales novedades de la Ley de contratos del sector público”, en AA. VV., *La Ley de contratos del sector público. Ley 9/2017, de 8 de noviembre. Aspectos novedosos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 37-40.

78. En todo caso hay que advertir de la necesidad de diseñar un adecuado modelo de gobernanza integral en toda fórmula de colaboración público-privada que ponga especial atención en el adecuado cumplimiento de la prestación pública. Para lo que tiene una gran importancia la incorporación de la adecuada calidad a la definición del objeto de las fórmulas de CPPI.

79. Analizaban con gran detalle esa modalidad “española de colaboración público-privada”: M.^a T. BRUNETE DE LA LLAVE, *Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009; A. DORREGO DE CARLOS y F. MARTÍNEZ VAZOSA, *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público. Aspectos administrativos y financieros*, La Ley, Madrid, 2009; M. Á. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012; y A. PALOMAR OLMEDA (dir.), *La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

80. Me remito a los siguientes trabajos publicados en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: P. VALCÁRCEL, “La delimitación de los tipos contractuales”, pp. 431-451; F. HERNÁNDEZ, “Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, pp. 477-516; X. LAZO, “El

servicios conforme al derecho de la Unión Europea y la interpretación dada por el TJUE⁸¹. Así, se incluye un contrato concesión de servicios, que se caracteriza por la transferencia de un riesgo operacional⁸². Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras del concierto y de la gestión interesada (aunque la una se mantiene como contrato de servicios y la otra se engloba en el nuevo concepto de concesión). Interesa recordar que en la tipificación de una prestación como contrato de servicios o como contrato de concesión se exige, por exigencia de la jurisprudencia europea⁸³, una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009, Comisión/Alemania)⁸⁴.

riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, pp. 517-545; J. TORNOS, “El contrato de concesión de servicios”, pp. 1447-1484; y J. LAVILLA, “Régimen jurídico de la concesión de obras”, pp. 1415-1445. También al trabajo de A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, pp. 31-51. También a X. LAZO, “El contrato de concesión de servicios”, en E. GAMERO e I. GALLEGU (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2547-2612, y J. JIMÉNEZ LÓPEZ, “El contrato de concesión de obras”, en el mismo libro, pp. 2511 y ss.

81. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *REDA*, núm. 156, 2012, pp. 17 y ss.; así como M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en el *Liber amicorum a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia*, Thomson, Pamplona, 2012, pp. 3549 y ss. del tomo II; y “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)”, *REDA*, núm. 161, 2014, pp. 37-74.

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

82. Vid. A. ROMÁN MÁRQUEZ, “El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario”, *Revista Española de Derecho Comunitario*, núm. 182, 2017, pp. 445-481.

83. Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, y 10 de noviembre de 2011, *Norma-A, SIA*.

84. Según esta doctrina consolidada, existirá un “contrato de servicios” en el sentido de las directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos, sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de

Se adopta el criterio del riesgo operacional (lo que no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura –*locatio operis*– propia de todo contrato público) como elemento para delimitar una concesión de contrato, lo que supone un cambio, pues bastará con que se transfiera el riesgo de suministro de oferta o el riesgo de suministro de demanda para que exista una concesión (criterio aplicable por igual a concesiones de obras o concesiones de servicios)⁸⁵. 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 concesión⁸⁶. Así, dentro del riesgo de demanda, como explica P. VALCÁRCEL, se encontrarán el riesgo de crecimiento ligado a la evolución de la economía y el riesgo de competencia, lo que puede significar la existencia de ofertas más competitivas para el usuario final⁸⁷. Y como riesgo de suministro, en palabras de L. MÍGUEZ MACHO, habrá que entender que es “el riesgo de demanda analizado desde la perspectiva del

24 de septiembre de 1998, *Tögel*, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por acuerdos 55/2013 y 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013, de fecha 19 de septiembre de 2014, hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10, *Norma-A y Dekom* (en las resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el Órgano de Recursos Contractuales de Cataluña (resoluciones 24/2013, de 28 de enero, y 50/2013, de 25 de marzo) y el Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

85. Vid. X. LAZO VITORIA, que nos indica que el riesgo operacional es un riesgo económico, un riesgo ajeno al control de las partes y un riesgo sustancial (con problemas de cuantificación): “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, ob. cit., pp. 517-545. Asimismo, “El contrato de concesión de servicios”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2579-2588. Existen problemas derivados del SEC 2010: ahora es transferencia de riesgo de demanda, de riesgo de oferta, o de ambos (son, pues, distintos a criterios del SEC 95). Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en el SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 437-474.

86. Por todos, F. HERNÁNDEZ, *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Aranzadi, 2018, y E. LÓPEZ MORA, *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*, Atelier, Barcelona, 2019.

87. P. VALCÁRCEL, “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de servicios públicos de interés general”, en V. PARISIO, V. AGUADO y B. NOGUERA (dirs.), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 77 a 128.

contratista”⁸⁸. Un riesgo, por tanto, vinculado a la construcción de la obra o implantación del servicio⁸⁹.

La parte de los riesgos transferidos al concesionario, que tiene que ser la más adecuada para la correcta satisfacción del interés público, debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable: “Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por ‘riesgo de demanda’ el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por ‘riesgo de oferta’ el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario” (Considerando 20 de la Directiva de concesiones)⁹⁰.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que este asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si

88. L. MÍGUEZ MACHO, “Las distinciones entre las concesiones de servicios y otros contratos públicos a la luz de la Directiva 2014/23/UE: repercusiones para el derecho español”, en *Las nuevas directivas de contratación pública* (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015, p. 405.

89. F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ considera que la falta de concreción de la Directiva 2014/23 “permite especular sobre si el riesgo de oferta debe identificarse (como todo parece indicar) con el denominado riesgo de disponibilidad; término utilizado tanto en el Sistema Europeo de Cuentas Públicas como en el Proyecto de Directiva” (“La construcción del contrato de concesión en el derecho de la Unión Europea”, en *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al Profesor Santiago Muñoz Machado*, tomo III, CEPC, Madrid, 2016, p. 2472).

90. Para determinar la existencia, o no, de riesgo operacional, deben tenerse en cuenta los criterios del TJUE sobre este asunto. Al respecto, *vid.* el estudio de A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 31-51. Asimismo, “Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 20-33.

bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesionario requiere, no obstante, que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁹¹. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁹². Ni, en los supuestos de riesgos imposibles de predecir, que estarían en cualquier infraestructura pública gestionada mediante contrato público ordinario, atribuirse al concesionario⁹³. Como se indicaba en las conclusiones del abogado general CRUZ VILLALÓN en el asunto C-348/10, *Norma y Dekom*, “**el riesgo asumido por el prestador del servicio para que nos encontremos ante una concesión no tiene por qué ser un riesgo ‘considerable en términos absolutos’, sino únicamente una ‘parte significativa’, al menos, del riesgo que en todo caso asumiría el propio adjudicador si prestara él mismo el servicio en cuestión**”⁹⁴.

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres

91. Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes..., para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C-206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C-274/09). Vid. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en AA. VV., *Observatorio de contratos públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

92. Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada. Vid. X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa”, *CEFLegal. Revista práctica de derecho*, núm. 154, noviembre 2013; y L. MÍGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R. y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185. Hay que lograr, por tanto, un equilibrio en el reparto de riesgos.

93. Lo explican bien J. M. VASSALLO y M.^a Á. BAEZA, en “Asignación del riesgo de demanda en concesiones de infraestructuras de transporte”, *Anuario de la movilidad*, 2009, p. 64.

94. La sentencia del Tribunal Supremo 1795/2019, de 30 de mayo, rec. 207/2016, reitera que para que exista un contrato de concesión el contratista ha de asumir el riesgo de explotación del contrato: “en absoluto el llamado riesgo por el contratista, tiene entidad suficiente, frente al hecho de una retribución fija en función de la calidad de la prestación del servicio, calidad atribuible al contratista y no a ningún riesgo por principio externo al contratista, de explotación a su riesgo y ventura: ‘como se recordó en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2014, Recurso n.º 486/2011, ninguna duda existe de que el riesgo y ventura se refiere, como dijo la Sentencia de 31 de marzo de 1987, reiterando jurisprudencia anterior, a acaecimientos ajenos a la esfera de actuación de las partes contratantes, lo que elimina lo que provenga de su propio actuar’ (STS del 20 de abril de 2015, rec. n.º 54/2013)”.

del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, en el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, en el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, en el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, en el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión, o a errores de apreciación del operador económico, no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios⁹⁵. Pero tampoco puede olvidarse, como bien se ha indicado en la doctrina, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones de obras o de servicios generaría importantes problemas de funcionamiento⁹⁶. E imposibilitaría, en muchas ocasiones, garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos⁹⁷. Así, resulta evidente que la correcta distribución de riesgos condiciona el funcionamiento práctico del mercado concesional. Ahora bien, como advierte P. VALCÁRCEL, no se oculta que una correcta identificación de los riesgos, y su certero reparto entre las partes vinculadas a este tipo de concesiones, es una cuestión compleja que presenta un componente más de naturaleza económico-técnica que estrictamente jurídica, y cuya con-

⁹⁵. Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. VILLAR ROJAS en su trabajo: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP*, núm. 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales: “En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada” (p. 172).

⁹⁶. Como ha advertido la Comisión Europea en la Comunicación “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)” (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final), “para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen”. En estos términos se expresa (p. 13). En la doctrina científica se insiste en esta idea. Por todos, A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 469-549; P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 381-420; F. VILLALBA PÉREZ, “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”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 2, 2014, pp. 14-15; y F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, ob. cit., pp. 189-190.

⁹⁷. De “situación desalentadora” es como califica M. Á. BERNAL BLAY las consecuencias de la severidad en su exigencia (*El contrato de concesión de obras públicas...*, ob. cit., p. 272).

creción exige realizar rigurosos y completos estudios de viabilidad en los que se ponderen una pluralidad amplia de factores de muy diversa índole, de entre los que sobresalen los aspectos económico-financieros⁹⁸.

En definitiva, el riesgo –aun limitado– es el elemento esencial en toda fórmula de colaboración público-privada⁹⁹. Y este riesgo transferido, con la TIR propuesta, son elementos *sine qua non* para determinar el plazo de la concesión. **Plazo que es un elemento esencial, en cuanto condiciona la propia existencia de riesgo operacional.** Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: “La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servi-

98. P. VALCÁRCEL, “Apuesta por una revisión estratégica del modelo concesional: punto de partida y planteamientos de futuro”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 52-61. La asignación al sector privado de un nivel de riesgo escaso puede contribuir a que se apueste por la realización de proyectos con poca o nula rentabilidad social, los conocidos como “elefantes blancos”. J. J. GANUZA FERNÁNDEZ y F. GÓMEZ AVILÉS-CASCO advierten que los proyectos públicos innecesarios y faraónicos, que lamentablemente la experiencia ha evidenciado demasiado frecuentes, reciben el nombre de “elefantes blancos”, porque, “antiguamente, los reyes de Siam, cuando no tenían demasiado aprecio por un súbdito le regalaban un elefante blanco. Como los elefantes blancos eran sagrados en la antigua Tailandia, el regalo no se podía rechazar y el súbdito estaba obligado a alimentar al elefante blanco y permitir que el pueblo acudiese a venerarle, lo que muchas veces terminaba arruinando al presunto beneficiario del favor real” (“El reparto óptimo de riesgos en las relaciones público-privadas”, en *Economía industrial*, núm. 398, 2015, pp. 111-115).

99. La eliminación del tipo de contrato de gestión de servicios públicos no implica una involución desde la perspectiva de la mejor prestación de los servicios de interés general, pues en modo alguno se diluye el “régimen de servicio público”, dado que las notas propias de regularidad, continuidad y equidad se pueden incluir tanto en el tipo de contrato de servicios como en el de concesión de servicios. Así lo explica, aun criticando la supresión de la categoría, J. C. LAGUNA DE PAZ, “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 204, 2017, pp. 41-68. No comparto, por ello, la crítica a esta opción de transposición formulada por el profesor J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ en su estudio “Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)”, *RAP*, núm. 202, 2017, pp. 13-41. 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, y favorece una mejor interpretación y aplicación de los principios europeos de la contratación pública.

cios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

El plazo de las concesiones es un elemento claramente vinculado al riesgo operacional, de tal manera que queda vinculado al plazo necesario de retorno de las inversiones (como plazo ordinario, se fija el de cinco años que exige la Directiva de concesiones)¹⁰⁰. Es decir, no hay discrecionalidad en la decisión del plazo concesional, de tal manera que los plazos máximos que ofrece la LCSP no son de directa aplicación. El plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE– puede implicar una retribución indebida (en más)¹⁰¹. Asimismo, como ha recordado

¹⁰⁰. Los plazos son, lógicamente, importantes, y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

¹⁰¹. Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo

la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “El establecimiento de plazos excesivamente largos, aunque se encuentren dentro de los límites legales, erige barreras de entrada para nuevos operadores que ven imposibilitado su acceso al mercado durante todo el período de vigencia del contrato pero, por otra parte, los intervalos de tiempo demasiado reducidos pueden dificultar la amortización de las inversiones necesarias para realizar la prestación objeto del contrato, lo que puede disuadir de la presentación de ofertas y conferir así ventajas a los operadores ya instalados que no necesiten llevar a cabo dichas inversiones, y elevar los costes de gestión para los órganos de contratación”¹⁰².

En todo caso, la opción de contrato o concesión debe estar debidamente justificada, no solo desde la óptica presupuestaria, sino, principalmente, desde la lógica de la mejor ejecución de la prestación, combinando los elementos de construcción/instalación y explotación de la obra o servicio¹⁰³.

18). Este plazo se explica, en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: “La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

¹⁰². Informe de 16 de julio de 2015 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. IPN/CNMC/010/15: Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público (p. 40). Y añade: “las previsiones normativas en materia de plazos contractuales se han de concebir como plazos máximos, que no deben ser agotados necesariamente” (p. 41).

¹⁰³. Sobre esta cuestión se ha preocupado la literatura económica. Por todos me remito al trabajo de D. DARDIROT y J. POUYET, “Built or not: normative and theorie of private-public partnerships”, *Journal of Economic Literature*, 12 de septiembre de 2006.

3.3

La regulación de las sociedades de economía mixta

La sociedad de economía mixta como mecanismo contractual de gestión de servicios públicos ha debido amoldarse, tanto en su régimen jurídico como incluso a veces en su denominación, a las exigencias del derecho europeo, que encaja estas fórmulas en la denominada “Colaboración Público-Privada Institucional” o CPPI, es decir, fórmulas de colaboración materializadas en una persona jurídica de derecho privado, normalmente una sociedad mercantil. Así, presenta ciertas peculiaridades con la nueva regulación efectuada por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público¹⁰⁴. Hasta la reforma de la legislación de contratación pública efectuada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, la regulación de las sociedades de economía mixta se había hecho en sede de régimen local¹⁰⁵. Fue, como se recordará, la referida Ley de medidas de modernización del gobierno local la que trasladó la enumeración de las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos a la legislación de contratos públicos, para completar la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Hasta entonces toda la preocupación sobre la licitación concerniente a la constitución de una sociedad de economía mixta se había regulado a través del artículo 104.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones legales vigentes de régimen local, con el que continuó conviviendo: “En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la entidad local en la dirección de la sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria”.

Tras la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y con-

104. J. M.^a GIMENO FELIU, “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13.

105. Ciertamente, esta figura aparecía mencionada en el artículo 66.4.^a del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, dentro de las modalidades de contratación de los servicios públicos, pero sin que esa gestión fuese acompañada de un régimen específico. En todo caso, ya en el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales se mencionaban las “empresas de economía mixta” en su mismo preámbulo, regulándolas como “empresas mixtas” en los arts. 102 a 112.

cesiones y que queda introducido, por tanto, en el campo de la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02)¹⁰⁶, y la STJUE de 15 de octubre de 2009, en el asunto C-196/08, *Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa* y otros, el Estado español regula esta figura en la disposición adicional trigésima quinta de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, añadida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su literalidad decía: “Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público 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”.

El ya derogado Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector Público de 2011 incluía, en su artículo 277, la definición de sociedad de economía mixta de la Ley de Bases de Régimen Local, y en su disposición adicional vigésima novena la previsión de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, conservando el texto de su predecesora, y añadiendo un segundo apartado relativo a las formas de financiación, donde se lee:

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) 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.

Esta técnica se mantiene en la Ley 9/2017. La exposición de motivos de la Ley 9/2017 advierte que se mantiene la fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, y especifica que ello se hace “siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la

¹⁰⁶. Vid. M. Á. BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 37, 2010, pp. 93-138.

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”. Y su regulación se incluye –quizá con mala ubicación sistemática– en la DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SEGUNDA LCSP, que lleva por rúbrica *Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta*. El precepto regula así:

1. Las 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.

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.

2. 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.

3. 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.

Además, en el artículo 28.3 LCSP 2017 se indica lo siguiente: “De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contra-

tos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta”.

La nueva regulación plantea novedades. Una primera es el interrogante de si la LCSP abandona la exigencia de que el capital público de la sociedad de economía mixta provenga de una Administración pública. La redacción literal es clara: capital público (y no persona jurídico-pública), y tiene lógica, pues esta fórmula puede ser utilizada por poderes adjudicadores no Administración pública (la CPPI como concesión de servicios se aleja de los condicionantes del derogado contrato de gestión de servicios públicos). No hay novedad en la LCSP acerca de qué sujetos pueden ser contratados con la síntesis procedimental prevista en su disposición adicional vigésima segunda: siguen identificándose como “sociedades” de economía mixta, esto es, entes de personalidad jurídica propia y privada bajo fórmula societaria, que se cualifican, como hemos visto, por la composición híbrida de su capital. Y tiene su lógica, pues se “seleccionan socios” para configurar esa CPPI. Y encaja con la necesidad de que en las concesiones se constituya una sociedad¹⁰⁷.

Una novedad importante se introduce al regular el aspecto cuantitativo de la participación pública del capital de la sociedad de economía mixta: ahora la LCSP (exigencia de carácter básico) exige que el capital público sea mayoritariamente público (al menos un 51 %, por tanto) para que pueda adjudicársele directamente el contrato público de que se trate. Ciertamente, la LCSP no obliga taxativamente a que toda sociedad de economía mixta tenga capital público mayoritario, pero su disposición adicional vigésima segunda aboca a ello si se pretende una CPPI. La exigencia de capital mayoritario público implica, como ha explicado M.^a D. REGO BLANCO, consecuencias de distinto alcance que cabe sintetizar en las siguientes: 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)

107. Los derechos de los socios de una CPPI figuran en los propios estatutos de la sociedad: como regla general, obtener información vinculada al correcto cumplimiento de los fines de la CPPI. En todo caso, ante posteriores licitaciones, no tienen derechos de preferencia, pues han sido declarados incompatibles con el derecho europeo de contratación pública. El socio privado tiene derecho a la correcta explotación de la CPPI sin que el socio público interfiera de forma indebida en la gestión. Esto significa que no se le pueden imponer cargas “adicionales” desproporcionadas al fin de la CPPI. Y, por supuesto, que la gestión de la CPPI no puede ser tensionada indebidamente por la “ideología”.

dificulta que las sociedades de economía mixta puedan tener otra naturaleza distinta de las sociedades de capital¹⁰⁸.

Esta exigencia de participación mayoritaria puede suponer un claro “desincentivo” para los socios privados, que pueden preferir como alternativa el tradicional “negocio concesional”, pues aquí sí pueden ejercer su capacidad de gestión, sin condicionantes que un socio público mayoritario puede ir imponiendo de forma sobrevenida, lo que podría, incluso, limitar indebidamente los intereses del socio privado, al asumir la iniciativa de compartir esa CPPI. Esa falta de seguridad jurídica, al no tener una posición institucional “garantizada” en la sociedad de economía mixta, es, sin duda, una importante dificultad para la utilización de estas figuras.

Conviene advertir que las relaciones con esta sociedad no pueden articularse luego con la técnica de la cooperación vertical (regulada en el artículo 32 LCSP 2017). Las razones de esta inaplicabilidad fueron explicitadas en la importante STJUE de 11 de enero de 2005, *Stadt Halle y RPL Lochau*, según la cual:

48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.

49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramen-

¹⁰⁸. M.^a D. REGO BLANCO, “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *Documentación Administrativa*, núm. 4, nueva época, 2017, pp. 152-160. Sobre la nueva regulación también son de interés las reflexiones de M.^a T. CANTÓ LÓPEZ, “El buen gobierno de la sociedad de economía mixta en el marco de la contratación pública”, en AA. VV., *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 469-485.

te participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. A este respecto, es necesario señalar en primer lugar que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva.

En el mismo sentido, la STJUE de 15 de octubre de 2009 recuerda que “la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la Sentencia Sea, antes citada, apartado 46). Este es el caso de la concesión examinada en el litigio principal, pues el socio privado debe suscribir el 49 % del capital social de la sociedad de capital mixto adjudicataria de dicha concesión”.

Así, estas entidades, cuando no puedan prestar con sus medios la actividad, deberán aplicar necesariamente la legislación contractual. Y, en el caso de aguas, la legislación de contratación de sectores especiales.

Por otra parte, en relación con el procedimiento de adjudicación para la selección del socio privado, conviene advertir que la LCSP (art. 168.2.º) permite el procedimiento negociado sin publicidad cuando existen derechos exclusivos:

Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Interesa destacar que ahora se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia¹⁰⁹. En relación con la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, que tiene su fundamento en la propia Directiva de contratación pública (art. 32), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación con la constitución de la sociedad de capital mixto “*Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l’Aigua, SA*”, para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del ROAS, aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como

¹⁰⁹. Como ha indicado I. GALLEGO CÓRCOLES, “Los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220-222. Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto solo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, *Comisión/Italia*, C-57/94).

consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, o razones técnicas o económicas que impidan la concurrencia.

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas)¹¹⁰. En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales)¹¹¹. Y esta tesis ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en la selección de Agbar para la constitución de la sociedad mixta para la prestación del servicio del agua en el área metropolitana de Barcelona. Así, la sentencia 1612/2019, de noviembre de 2019, en su fundamento undécimo, afirma que “se puede concluir que concurre la justificación de la necesidad de otorgar el contrato a un empresario determinado, sin que existiera una alternativa o sustituto razonable, y sin que la ausencia de competencia sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la adjudicación”.

Para finalizar, conviene recordar lo que advierte la Comunicación de la Comisión sobre las CPPI en relación con que “el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto”. Por tanto, la validez material de las CPPI se acota por la equidad y por la previsión, de forma que todos los licitadores, manifiestos o latentes, tengan acceso a una información adecuada sobre el proyecto del poder adjudicador de crear la entidad de capital mixto para confiarle un contrato público o una concesión. Esto obliga a la aplicación de los procedimientos de licitación contenidos en la normativa de contratos públicos (comunitaria y nacional). Así, cualquier cambio operado sobre la “arquitectura” institucional de la referida sociedad de economía mixta deberá respetar las reglas y principios

¹¹⁰. Cabe destacar que el presidente de la Sala ha emitido un voto particular en el que manifiesta no compartir la conclusión que AGBAR no tiene título suficiente para prestar el servicio. Considera que la concesión de 1953 de la que es titular AGBAR le habilita como tal. Asimismo, considera que el hecho de que AGBAR haya soportado el coste de construcción de los 500 km de canalizaciones es un elemento suficiente para justificar la inviabilidad económica de abrir el procedimiento a concurrencia, pues en este caso se deberían compensar estas inversiones.

¹¹¹. Tesis defendida en mi trabajo “El nuevo modelo concesional: hacia el necesario equilibrio entre lo público y lo privado. Las novedades de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 74, 2018, pp. 4-13 (en concreto, p. 12).

de la legislación de contratos públicos. Lo que obliga, también, a diferenciar eventuales cambios de los supuestos de cooperación horizontal entre, por ejemplo, diputaciones provinciales y ayuntamientos en la prestación por las primeras de servicios públicos obligatorios. En este contexto, la creación de una sociedad de economía mixta, como mecanismo de cooperación público-privada institucional, puede considerarse “otra fórmula” de coordinación de la prestación de los servicios, en la que una diputación provincial se apoya en los medios financieros y la competencia técnica aportados por uno o varios socios privados, seleccionados mediante licitación pública¹¹². Como ha señalado la doctrina, “la contratación, a través de contratos de gestión de servicios públicos o de simples contratos de servicios parece que encajaría igualmente como forma de prestación directa de los servicios por parte de la Diputación”¹¹³. Obviamente, en este sentido, es esencial que los eventuales convenios o encomiendas de gestión en que se plasme la cooperación horizontal estén *comprendidos en el ámbito del procedimiento inicial de licitación abierta mediante concurso por medio del que se seleccionó en su día al socio privado de la sociedad de economía mixta*.

4

La mejora de la transparencia en los procedimientos

Muchas de las prácticas de corrupción se encuentran muy vinculadas a la ausencia de transparencia¹¹⁴. No en vano, es la opacidad el escenario de cul-

¹¹². Esto significa que cuando dichos convenios tengan por finalidad la articulación de una encomienda de gestión por la que un municipio encomiende a la diputación provincial la prestación de determinados servicios de su titularidad, se aplicará la excepción del artículo 48.9 de la Ley 40/2015. Todo ello permite que el plazo de la encomienda coincida, en sintonía con la lógica de la finalidad de la encomienda, con el plazo de la CPPI a través de la que la diputación provincial articula la prestación de sus servicios.

¹¹³. M. A. BERNAL BLAY, “La cooperación interadministrativa horizontal como fórmula de organización. Su articulación en el ámbito local desde la óptica del derecho de los contratos públicos”, *Organización Local. Nuevas Tendencias*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 361-376.

¹¹⁴. R. KLITGAARD define con una simple ecuación el gran problema de la corrupción: $C=M+A-T$, donde C es Corrupción, M Monopolio, A Arbitrariedad y T Transparencia. Cuanto menor es la transparencia (entendida como rendición de cuentas), mayor resulta el índice de corrupción (*Controlando la corrupción. Una indagación práctica para el gran problema del fin de siglo*, Ed. Sudamérica, Buenos Aires, 1994, pp. 10 y ss.). Es decir, monopolio en la toma de decisiones, con una importante capacidad de discrecionalidad en la decisión, y ausencia o escasa necesidad de rendir cuentas, son los elementos que explican un mayor nivel de corrupción. Si se añade a esto el dato de un marco normativo complejo (o disperso, o muy cambiante), como ya ha sucedido en urbanismo o contratación pública, es fácil entender el elevado índice de corrupción en España. Sobre el ejemplo del urbanismo puede consultarse

tivo que permite la proliferación de actuaciones corruptas¹¹⁵. De ahí que sea imprescindible eliminar los espacios de “oscuridad” en la gestión pública. Una adecuada y efectiva transparencia puede permitir tanto una gestión más eficiente de los fondos públicos –de especial interés en un contexto de reducción del déficit público y que se presenta como alternativa a políticas de recortes– como una gestión transparente compatible con el derecho a una buena administración (sin olvidar su directa relación con la cultura de nueva gobernanza)¹¹⁶.

En este sentido, la transparencia garantiza el efecto útil de la igualdad, procurando que, cuando existen distintos intereses, no se distorsionen las condiciones de competencia¹¹⁷. Se necesita más y mejor transparencia para las distintas decisiones públicas (muy especialmente en los contratos públicos) y una correcta rendición de cuentas¹¹⁸. Hay que “dar luz” a ciertas prácticas, con el fin de avanzar en la idea de integridad en la toma de decisiones de las autoridades públicas¹¹⁹. Transparencia que no debe percibirse como

J. C. ALLI ARANGUREN, “La corrupción mal endémico del urbanismo español”, *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente*, núm. 257, 2010, pp. 89-115; y la opinión de L. PAREJO ALFONSO, “Urbanismo y corrupción. Un problema no solo de legalidad”, en *Temas para el debate*, núm. 223, junio de 2013 (ejemplar dedicado a la lucha contra la corrupción), pp. 35-41.

115. La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública o el de la financiación de partidos políticos. Ya lo explicaba Platón –cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad–; en el segundo libro de *La República* expone el mito del pastor Gíges (*La República*, L. II, 359c-360d). En este mito (que igualmente se desarrolla por Tolkien, en su conocida obra *El señor de los anillos*) se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

116. En el *Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea* aprobado en el año 2001 por la Comisión, la transparencia formaba parte directa de dos de los cinco principios de la denominada buena gobernanza: apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. El objetivo es lograr integrar la transparencia en las propuestas de elaboración de las políticas europeas, permitiendo un grado mayor de participación y apertura de la sociedad civil europea (*Libro Blanco sobre la Gobernanza Europea*, COM (2001), 428, Bruselas, 25 de julio de 2001). Esta nueva no es solo una moda que pasará. Debe ser uno de los paradigmas sobre los que reformar nuestro modelo de organización y actividad administrativa.

117. Vid. J. MESTRE DELGADO, “Reflexiones sobre el principio de transparencia como remedio eficaz para prevenir la corrupción”, en A. BETANCOR (dir.), *Corrupción, corrosión del Estado de derecho*, Civitas, 2017, pp. 287-299.

118. J. M.^a GIMENO FELIU, “Reglas básicas para mejorar la eficiencia y la transparencia en la contratación pública”, número monográfico de la revista *Presupuesto y Gasto Público* sobre “calidad institucional, transparencia y buen gobierno”, núm. 82, 2016, pp. 137-158.

119. Me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: posibilidades y límites actuales en la legislación de contratos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 71-77; y a los trabajos de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia en la contratación pública”, en AA. VV., *Por el derecho y la libertad*, vol. II, libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor, Iustel, Madrid, 2014, pp. 1901 a 1931, y de A. SANMARTÍN MORA, “Las

una nueva “carga” administrativa, sino como un instrumento de mejora, que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias¹²⁰. Así, hay que evitar mala praxis en la redacción de los pliegos¹²¹. Y hay que extremar el cuidado para que no existan prácticas colusorias, como puede suceder con la situación del *hub & spoke*, que es un mecanismo de articulación de restricciones horizontales en el que interviene un operador situado en un mercado vertical. En un escenario extremo, el *hub* contratante puede poner en contacto a los licitadores, suministrarles información relevante sobre futuras licitaciones y coordinar la estrategia colusoria (ofertas de cobertura, rotación de ofertas, subcontratación o UTE anticompetitivas, etc.). En consecuencia, el ente contratante debe extremar el cuidado en las informaciones¹²².

nuevas obligaciones de transparencia en materia de contratos que impone la Ley 19/2013, de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, ob. cit., pp. 81-122.

¹²⁰. Los órganos de contratación deben ser el principal apoyo de las autoridades de competencia para dilucidar en cada caso si la transparencia es pro o anticompetitiva. En su *Guía sobre la contratación pública y la competencia*, la extinta CNC propone una serie de medidas para conciliar transparencia y competencia: evitar que la información sobre licitaciones ya terminadas pudiera ser utilizada para coordinar las ofertas de empresas competidoras; las reuniones con las empresas antes del procedimiento de licitación deben realizarse de forma individual; la presentación de las ofertas debe llevarse a cabo mediante medios no presenciales, y su gestión administrativa de forma codificada; y prestar especial atención a los riesgos de comunicación entre los oferentes, antes y durante el proceso de licitación, cuando existen vínculos contractuales o estructurales entre ellos.

¹²¹. Conviene recordar el criterio fijado por la STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2014 (rec. 1905/2011) sobre que la Administración no puede configurar los pliegos de forma que “impidan la competencia en precio, beneficiando a los titulares de las concesiones”. Y la STJUE de 5 de diciembre de 2013, *Nordecon AS*, advierte que está prohibido designar a un licitador preferente (*preferred bidder*) que tenga la oportunidad exclusiva de finalizar la negociación y hacer la oferta final, ya que ello implicaría una discriminación de los licitadores que no han sido excluidos de manera objetiva.

¹²². El Tribunal Supremo, mediante sentencia núm. 1.007/2019, de 8 de julio, ha analizado la cuestión de la protección de datos de carácter personal en materia de contratación pública. Tras un detallado análisis de la normativa europea y nacional aplicable, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, del TJUE y del Tribunal Supremo, concluye que “La difusión de datos personales en abierto, es decir, con acceso ilimitado, en una página web de la Administración pública con ocasión de la tramitación de un procedimiento de contratación administrativa está sometida al cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, específicamente, al deber jurídico de tener que recabar el consentimiento de los afectados sobre la recogida y tratamiento de datos cuanto no se revelen imprescindibles, necesarios o pertinentes para el adecuado y regular ejercicio de las funciones públicas, al no poder interpretar de forma expansiva el supuesto de excepción previsto en el artículo 6.2 de la citada Ley Orgánica”. Por otra parte, en relación con este asunto de la protección de datos en la contratación pública, se ha publicado en la web institucional la Nota Informativa 1/2019, de la Secretaría Técnica de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en la cual se señala que, de acuerdo con la normativa aplicable y de conformidad con los pronunciamientos de la APDCAT, para el cumplimiento del derecho de protección de

4.1

Transparencia y procedimientos de adjudicación

En ese contexto, la nueva LCSP tiene por principal objetivo introducir más transparencia en los procedimientos, con exigencia de justificación y motivación de la necesidad y del procedimiento elegido (artículo 116.4 LCSP)¹²³. Se exige, además, una detallada información que se debe publicar en los perfiles de contratante. Perfiles de contratante que, como indica el artículo 347 LCSP, deberán alojarse de manera obligatoria en la Plataforma de Contratación del Sector Público, gestionándose y difundándose exclusivamente a través de la misma¹²⁴. En las páginas web institucionales de estos órganos se incluirá un enlace a su perfil de contratante situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (la publicidad en el boletín oficial no es ya obligatoria y será gratuita)¹²⁵. Y lo que es más importante, desde la perspectiva de cumplimiento de esta obligación, es que el apartado 5 de este precepto obliga a que la publicación de anuncios, y otra información relativa a los contratos en los perfiles de contratante, surtirá los efectos previstos en la presente Ley cuando los mismos estén alojados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, o en los servicios de información similares que se establezcan por las comunidades autónomas o las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. Y

datos en materia de contratación pública, hay que tener en cuenta que los datos identificativos de personas físicas contenidos en los documentos de los expedientes de contratación pública, o en las firmas electrónicas de estos documentos, que deben publicarse en la Plataforma de Servicios de Contratación Pública, deben incluir el nombre y los apellidos, sin acompañarlos en ningún caso del DNI, en caso de tratarse de personas licitadoras, adjudicatarias o contratistas; y, en caso de tratarse de personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, el nombre, los apellidos, el cargo y los datos de contacto (teléfono, correo electrónico y domicilio de la sede social). Por otra parte, también se señala la necesidad de tener en cuenta que, previamente a la publicación de los datos de las personas trabajadoras públicas que intervienen en los procedimientos de contratación pública por razón del cargo o de las funciones, hay que haberlas informado a fin de que, en su caso, puedan alegar circunstancias singulares que desaconsejaran que se publiquen sus datos.

¹²³. L. MELLADO RUIZ, *El principio de transparencia integral en la contratación del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

¹²⁴. Conviene advertir que la Plataforma de Contratos del Sector Público debe servir para favorecer una adecuada publicidad y rendición de cuentas, pero no de “monopolio” de la contratación electrónica. En mi opinión, debe favorecerse la implantación de un sistema en competencia, homologado, de servicios electrónicos que permitan cumplir exigencias legales de utilización de medios electrónicos adaptándose a las necesidades y condiciones de cada poder adjudicador.

¹²⁵. La nueva redacción de la función del perfil de contratante ex artículo 63 LCSP/2017 indica claramente la vocación de los mismos para conseguir una efectiva transparencia y rendición de cuentas de la actividad contractual. Sobre esta nueva función del perfil de contratante resultan de interés las sugerencias de Antonio GARCÍA, “El perfil del comprador europeo: una forma de innovar en contratación pública”, *RAP*, núm. 192, 2013, pp. 381-400.

la no publicación en la Plataforma comportará la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho (supuesto regulado de forma expresa en el artículo 39.2 c) LCSP).

El acceso a los pliegos y demás documentación complementaria debe ser por medios electrónicos a través del perfil de contratante, acceso que será libre, directo, completo y gratuito, y que deberá poder efectuarse desde la fecha de la publicación del anuncio de licitación o, en su caso, del envío de la invitación a los candidatos seleccionados¹²⁶. Sin embargo, la nueva (e intensa) exigencia de los datos aconseja una coordinación de la información a facilitar a distintos órganos de supervisión, con el fin de que exista una verdadera simplificación administrativa. Así, la información introducida en los perfiles de contratante debería ser de acceso directo a otros “repositorios institucionales”, evitando así la duplicidad de los datos. Para avanzar en una transparencia que no sea una formalidad es necesaria, como un eje de reforma irrenunciable, una implementación de medios electrónicos compatible con su finalidad. Son necesarios sistemas de información *on line* ágiles, accesibles, gratuitos y de alcance universal, que hagan posible que cualquier ciudadano pueda obtener información sobre una determinada decisión. No son, por sí mismos, la solución a la corrupción, pero son un complemento de especial interés, en cuanto aportan transparencia y permiten la evaluación de los procedimientos utilizados¹²⁷.

¹²⁶. Como indica J. VALERO TORRIJOS, los datos deberán ser reutilizables. En su opinión, la literalidad del artículo 63 LCSP resulta diáfana y terminante al requerir que los perfiles de contratante se encuentren únicamente accesibles a través de Internet, que en ellos se agrupe toda la información relativa a los procedimientos de contratación que se sigan y que la información se publique en formatos abiertos y reutilizables. Vid. “La exigencia legal de formatos abiertos y reutilizables en la gestión de la contratación pública”, en Manuel FERNÁNDEZ SALMERÓN y Rubén MARTÍNEZ GUTIÉRREZ (dirs.), *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 50-54. Es clásica la enunciación de parámetros que la Sunlight Foundation ha identificado para considerar que los datos son abiertos, considerando que lo son si son completos, primarios, oportunos, accesibles, procesables electrónicamente, no discriminatorios, se publican usando estándares abiertos, sin licencia, permanencia y sin costes. Además, las exigencias de la LCSP han servido para que nuestro ordenamiento también satisfaga más principios de los que, de acuerdo con esta Fundación, deben caracterizar una difusión de datos de contratación pública de calidad. Cfr. “Procurement Open Data Guidelines”, accesible en <https://sunlightfoundation.com/procurement/opendataguidelines/v2013/> (última consulta, 9 de mayo de 2019).

¹²⁷. Un buen ejemplo de su utilidad se contempla en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las “Amenazas y obstáculos al Mercado Único” (2017/C 125/01), publicado en el DOUE el 21 de abril de 2017, al indicar que con la introducción de un proceso de contratación electrónica debe crearse un mecanismo de recogida de datos estadísticos, que permita identificar a los postores que presentan ofertas muy bajas y alentar a los responsables a comportarse de manera positiva. En el marco de la encuesta estadística, el precio de la mejor oferta y los costes reales posteriores incurridos deben registrarse a nivel central a fin de garantizar la transparencia en relación con cualquier posible sobre coste. Las ofertas basadas

La Ley pretende, en definitiva, mejorar la transparencia en la contratación pública, lo que exige una interpretación de sus disposiciones debidamente alineadas con este fin. Así, no puede pretenderse, mediante una fragmentación de la organización, “escapar” a este principio al rebajar los umbrales de los procedimientos. Lo que exige aclarar la posibilidad de una “descentralización material” vía unidades funcionales separadas a las que se refiere el artículo 101.6 LCSP, que indica lo siguiente:

6. Cuando un órgano de contratación esté compuesto por unidades funcionales separadas, se tendrá en cuenta el valor total estimado para todas las unidades funcionales individuales.

No obstante lo anterior, cuando una unidad funcional separada sea responsable de manera autónoma respecto de su contratación o de determinadas categorías de ella, los valores pueden estimarse al nivel de la unidad de que se trate.

En todo caso, se entenderá que se da la circunstancia aludida en el párrafo anterior cuando dicha unidad funcional separada cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato.

Esta previsión, de origen en las directivas europeas, permite reconocer unidades funcionales separadas diferenciadas del órgano de contratación¹²⁸. Así lo ha admitido la JCCA del Estado en su Informe (Expediente 9/18) que fija unos requisitos a cumplir en todo caso, de tal forma que cuando se esté en presencia de una unidad funcional separada, y siempre que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la LCSP, “al nivel de la unidad de que se trate”¹²⁹. Estos requisitos parecen cumplirse, a nivel de

en precios que no cumplan unos criterios mínimos establecidos con arreglo a las disposiciones y prácticas nacionales respectivas deben excluirse de la licitación, para evitar una posible carrera por reducir los costes y los niveles de calidad.

^{128.} La Directiva establece en su considerando 20.º lo siguiente: “a los efectos de estimar el valor de un contrato concreto es preciso aclarar que debe permitirse basar la estimación de este valor en una fragmentación del objeto del contrato únicamente cuando esté justificado por motivos objetivos. Por ejemplo, estaría justificada una estimación del valor de un contrato al nivel de una unidad funcional que esté separada del poder adjudicador, como es el caso de un colegio o de una guardería, siempre y cuando la unidad de que se trate sea responsable de manera independiente de su contratación. Puede suponerse que así es cuando la unidad funcional que esté separada del poder adjudicador lleve los procedimientos de contratación y tome las decisiones de compra de manera independiente, disponga de una línea presupuestaria separada para los contratos de que se trate, celebre el contrato de manera independiente y lo financie con cargo a un presupuesto del que dispone. No se justifica una fragmentación cuando el poder adjudicador se limite a organizar una licitación de manera descentralizada”.

^{129.} La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (expedientes 46/18 y 86/18) ha determinado lo siguiente: 1. Debe tratarse de una unidad funcional separada.

universidad pública, en institutos universitarios, centros, consejo social (en los departamentos será necesario un análisis atendiendo a sus competencias y “dimensiones”). Sin embargo, en nuestra opinión, no puede extenderse a nivel de unidad de proyecto de investigación, por carecer de competencias al respecto (cuestión que no se altera por la previsión singular de la disposición adicional quincuagésima cuarta LCSP).

Por otra parte, con la nueva regulación de la LCSP se mejora también la transparencia en un procedimiento tan caracterizado por la opacidad como el contrato menor, con la clara intención de poner un “cerco” a su indebida utilización como sistema de adjudicación directa ordinaria (el reciente informe de la OIRESCON indica al respecto que, en la mayoría de las comunidades autónomas, los contratos menores superan el porcentaje del 90 % de todos los tipos de contratación, excepto en la Comunidad Valenciana, donde solo suponen un 29.10 %, en Castilla-La Mancha –78.85 %– y en el País Vasco –81.03 %–, llegando en el caso de Navarra al 99.16 % de los contratos fiscalizados en 2018)¹³⁰. Opción que ha generado un aparente “ruido”, al entender por algún sector práctico que se dificulta de forma indebida la gestión¹³¹.

En este sentido es esencial que exista una función específica que caracterice de un modo particular a la unidad de que se trate y que, con ello, se pueda considerar a la misma separada, no en el aspecto orgánico o jerárquico, sino en lo que hace a la función que desempeña. 2. Esta unidad funcional separada debe ser responsable de manera autónoma respecto de la contratación o de determinadas categorías de contratos. Esta autonomía viene perfilada en la ley de modo tal que se puede atribuir a la unidad que cuente con financiación específica y con competencias respecto a la adjudicación del contrato en cuestión. La financiación específica exige una diferenciación concreta en el presupuesto de la entidad pública a la que pertenezca. La competencia debe estar descrita de manera específica en la normativa interna de organización de dicha entidad pública, de modo que se pueda distinguir de las competencias de otros órganos existentes en su seno. Ambas condiciones conducen a una tramitación del procedimiento de selección del contratista diferenciada y propia de la unidad funcional separada.

Bajo estas premisas, en los supuestos en que concurran las anteriores circunstancias, esto es, que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté cualificada por gozar de una financiación específica y de competencia para celebrar un contrato, cabrá estimar los valores, como dice la ley, “al nivel de la unidad de que se trate”.

¹³⁰. Por todos, J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, *Contratación pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación*, ob. cit., pp. 169 a 185, donde, entre otras, también se aborda la necesidad de reducir los contratos menores como una de las medidas para prevenir la corrupción en la contratación pública. Vid. también “Cercos a los contratos menores”, *Revista de estudios locales. Cunal*, núm. 194, 2016, pp. 38-54.

¹³¹. Conviene recordar que la LCSP/2017 regula dos supuestos “especiales” de tramitación de contratos menores: los contratos de servicios sanitarios de urgencia de importe inferior a 30 000 € (artículo 131.1.3 LCSP/2017), y la suscripción de bases de datos. En relación con esto último, la disposición adicional novena de la LCSP establece lo siguiente:

1. La suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas, y en la medida en que resulten imprescindibles, la contratación de los servicios necesarios para la suscripción o la contratación citadas anteriormente,

En este procedimiento “simplificado”, regulado en el artículo 118 LCSP/2017, se rebajan cuantías (40 000 euros en obras y 15 000 euros en suministros y servicios, que pueden ser “rebajados” por los poderes adjudicadores) y se imponen ciertas reglas con el fin de evitar su indebida utilización (ahora muy “intensiva” no en pocos poderes adjudicadores), para evitar que sirva de cobertura en la práctica de fragmentación del objeto para eludir los controles (las cifras de 40 000 y 15 000 euros actúan, además, de límite que se

podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores y con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago. El abono del precio, en estos casos, se hará en la forma prevista en las condiciones que rijan estos contratos, siendo admisible el pago con anterioridad a la entrega o realización de la prestación, siempre que ello responda a los usos habituales del mercado.

2. Cuando los contratos a que se refiere el apartado anterior se celebren por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, las entidades del sector público contratantes tendrán la consideración de consumidores, a los efectos previstos en la legislación de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico.

Este supuesto es un procedimiento especial de adjudicación (como se advierte en el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Asunto: Incompatibilidad para la adjudicación de contratos menores). Por tanto, la asimilación al contrato menor cuando su objeto se refiera a la suscripción de revistas y otras publicaciones (entre otras prestaciones que se citan en el precepto) se refiere especialmente a la posibilidad de realizar una contratación directa. El legislador viene a considerar que la contratación de las prestaciones referidas no permite competencia ni comparativa de ofertas. En consecuencia, tampoco la publicidad de la licitación. El producto y el proveedor son elegidos directamente por la Administración por unos valores técnicos que deberá motivar inicialmente. No es aplicable, sin necesidad de interpretación jurídica, el límite de cuantía acumulada a un mismo proveedor que se establece en el artículo 188 LCSP, toda vez que se afirma en la disposición adicional referida que el importe de estos contratos puede llegar hasta el importe del contrato sujeto a regulación armonizada, según hemos destacado del precepto. En consecuencia, no son de aplicación las previsiones de la Instrucción 1/2019 de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación del Sector Público. Esta opción se justifica por la característica singular y específica propiamente de la concreta publicación o base de datos sin que quepa generar concurrencia. De ahí que se apliquen a su contratación las reglas del “contrato menor”, pero debe entenderse que no concurren las circunstancias temporales, ni la prohibición de prórroga, siempre que el valor no supere los contratos SARA.

Asimismo, debe repararse en que a su vez estos contratos son calificados como contratos privados (art. 23.3 TRLCSP o 29 LCSP-2017), por lo que la duración del contrato y otros términos de su ejecución no se rigen por las prescripciones de los contratos administrativos. Es más, la DA 9 LCSP prevé que en estos contratos hay que estar *con sujeción a las condiciones generales que apliquen los proveedores, incluyendo las referidas a las fórmulas de pago*. Por otra parte, como consecuencia del régimen jurídico privado, no tienen limitación de duración de un año o la prohibición de prórroga. Si en las condiciones generales del proveedor está que la suscripción se renueva automáticamente si no hay mandato en sentido contrario podrá hacerse de esa manera sin necesidad de formalizar un documento entre las partes.

Por último, si el producto ofertado o contratado contuviera prestaciones adicionales de carácter tecnológico habrá que determinar cuál es la finalidad principal del producto que se pretende contratar, de conformidad con las reglas del contrato mixto, de tal forma que si esa prestación principal fuera la base de datos, se permitiría la utilización de este procedimiento especial.

puede adjudicar al mismo contratista por tipo de contrato y mismo año). Asimismo, se obliga a reportar la información de los contratos menores asociada a cada contratista, con el fin de “descubrir” actuaciones irregulares¹³². Esta regulación impone, en la práctica, la obligación de repensar una mala praxis en la contratación pública española, donde ha primado más la idea de la “rapidez” y ausencia de control que el principio de eficiencia e integridad¹³³.

Su puesta en funcionamiento ha suscitado un intenso debate práctico, a lo que se ha añadido cierta confusión por la disparidad de criterios de órganos consultivos¹³⁴. Quizá, desde una perspectiva técnica, resultaría conveniente una mejora, pero no una “vuelta atrás”, pues la experiencia nos acredita una

¹³². Sobre el significado de la nueva regulación resultan de interés las reflexiones críticas de J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La imprescindible necesidad de anticipación para afrontar las limitaciones a los contratos menores que impone la nueva ley de contratos del sector público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 20, Sección Opinión / Actualidad, Quincena del 30 octubre al 14 noviembre de 2017, Ref. 2425/2017, p. 2425. También, desde la óptica de las consecuencias penales, el trabajo de J. GARCÍA HERNÁNDEZ, “El fraccionamiento de los contratos menores y su no fiscalización: consecuencias penales”, en *Revista de Derecho Local*, núm. 44, 2016. Sobre la problemática del contrato menor puede consultarse el trabajo de R. CARRODEGUAS MÉNDEZ, “Análisis de la nueva regulación del contrato menor en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público”, *REALA*, núm. 10, 2018, pp. 56-79.

¹³³. Resulta de interés recordar la doctrina fijada por la JCCA del Estado en sus informes recientes sobre esta cuestión del contrato menor (informes JCCAE 41/2017, 42/2017 y 5/2018, y JCCAAr 3/2018): a) El artículo 118.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público debe ser objeto de una interpretación teleológica que permite considerar que la finalidad del precepto es justificar en el expediente de contratación de los contratos menores que no se ha alterado indebidamente el objeto del contrato con el fin de defraudar los umbrales previstos para el contrato menor. b) Esta conducta defraudadora queda prohibida en la ley cualquiera que sea el momento en que se produzca. c) La ley no contempla una limitación a la celebración de contratos menores con un mismo operador económico cuando las prestaciones objeto de los mismos sean cualitativamente diferentes y no formen una unidad. Por ello, fuera de los casos de alteración fraudulenta del objeto del contrato, sí es posible celebrar otros contratos menores con el mismo contratista, pero en este caso habrá de justificarse adecuadamente en el expediente que no se dan las circunstancias prohibidas por la norma.

Interesa advertir que esta interpretación tiene importantes consecuencias prácticas para la compra de suministros y servicios por organismos públicos de investigación, que si bien no pueden adquirir libremente, pueden gestionar con sencillez (pero con trazabilidad de las decisiones que adopten) las necesidades no previstas (y gastos menores) en la ejecución de los distintos proyectos de investigación. En todo caso, conviene recordar las conclusiones del Informe de fiscalización de las Universidades Públicas del Tribunal de Cuentas de España, ejercicio 2003, publicado en el BOE de 4 de marzo de 2010, donde se indica que uno de los ámbitos de menor trazabilidad administrativa en la gestión universitaria es la contratación de la investigación.

¹³⁴. Cuestión que pretende resolver la Instrucción 1/2019, de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (OIRESCON), relativa a “contratos menores, regulados en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre”, que establece el criterio interpretativo sobre esta cuestión. Esta Instrucción tiene alcance obligatorio para todo el sector público del Estado (332.7 LCSP). Es decir, es de aplicación a todo poder adjudicador, estatal, autonómico o local.

clara y “oscura” utilización alejada de los principios estratégicos y de la eficiencia¹³⁵. Máxime cuando, como ahora se desarrollará, existe una clara alternativa al contrato menor como es el procedimiento simplificado sumario ex artículo 159.6 LCSP¹³⁶. Como especialidad del contrato menor hay que referir que la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, introdujo una disposición adicional quincuagésima cuarta (modificada por el Real Decreto-ley 3/2019, de 8 de febrero, de medidas urgentes en el ámbito de la Ciencia, la Tecnología, la Innovación y la Universidad) para dar solución a los problemas de contratación en el ámbito de la investigación¹³⁷, estableciendo que “la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales aplicables a los mismos”. Sin embargo, la opción adoptada, que se extiende a los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, en los términos establecidos en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, tales como las universidades públicas, los organismos públicos de investigación, fundaciones, consorcios y demás agentes de ejecución de la Administración General del Estado, los organismos y entidades de investigación similares a los anteriores dependientes de otras Administraciones públicas, las fundaciones de investigación biomédica, y los centros, instituciones y consorcios del Sistema Nacional de Salud, no parece resolver adecuadamente los problemas,

¹³⁵. Vid. G. GARCÍA ÁLVAREZ, “¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XVIII, Zaragoza, 2018, pp. 245-296. Este trabajo, sin duda el más completo de los que han analizado esta nueva regulación, analiza los distintos criterios de los órganos consultivos, sistematizando la mejor solución. Y nos recuerda que los mecanismos de racionalización de la contratación menor son un intento de poner fin a una situación difícilmente sostenible, que debería haber sido articulada técnicamente mejor, pero que aplicados de buena fe pueden suponer un avance importante en nuestra contratación pública. Para ello hará falta la implicación de los funcionarios públicos, pero también del propio legislador, que puede articular o mejorar técnicamente la regulación. Insiste en esta idea, desde un razonamiento jurídico en clave de “contratación pública electrónica”, R. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, “Transparencia, innovación y simplificación en la Ley 9/2017. La tramitación electrónica de procedimientos. En especial, la contratación menor y el procedimiento simplificado”, en AA. VV., *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 25-45.

¹³⁶. Cuestión en la que insiste, con acierto, J. V. GONZÁLEZ GARCÍA, “Ley de Contratos del Sector Público y Entidades Locales: la exigencia de planificación de la contratación”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 48, 2018, pp. 261-263.

¹³⁷. Conviene recordar las conclusiones del Informe de fiscalización de las Universidades Públicas del Tribunal de Cuentas de España, ejercicio 2003, publicado en el BOE de 4 de marzo de 2010, donde se indica que uno de los ámbitos de menor trazabilidad administrativa en la gestión universitaria es la contratación de la investigación.

pues se mantienen los requisitos del artículo 118 LCSP (exigencia de motivación y límites cuantitativos por proveedor), a la vez que resulta difícil de justificar que la cuantía de 50 000 euros supere los 35 000 euros del procedimiento abierto simplificado “sumario”, regulado en el artículo 156.6 LCSP. Así, los “problemas de gestión” derivados del contrato menor se mantienen en el ámbito científico (y no se incluye una previsión de lo que es gasto menor, donde no se deben aplicar, por su escasa cuantía, las normas de contratación pública).

Existe, además, una novedosa regulación del procedimiento negociado con más detalle (artículos 164 a 169). Así, se advierte que existe obligación de negociar, delimitando la ponderación de los distintos aspectos a negociar (y la ausencia de negociación se considera causa de nulidad, como ha indicado el Acuerdo del TACPA 8/2015). Pero lo más destacado es que desaparece el supuesto de procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía (con la evidente intención de evitar opacidad y los supuestos de corrupción). Opción que se explica de forma expresa en la Exposición de Motivos:

Con independencia de las normas llamadas a facilitar la lucha contra el fraude y la corrupción, se incluyen nuevas normas tendentes al fomento de la transparencia en los contratos. Así, debe mencionarse, entre otras cuestiones, la introducción de una novedad significativa: la supresión del supuesto de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razón de cuantía.

Dicho procedimiento, muy utilizado en la práctica, resultaba muy ágil, pero adolecía de un déficit de transparencia, al carecer de publicidad, corriendo el riesgo de generar desigualdades entre licitadores. Para paliar estas deficiencias, se crea en la Ley un nuevo procedimiento de adjudicación, el denominado Procedimiento Abierto Simplificado, ya citado anteriormente al aludirse a los procedimientos de adjudicación, en el que el proceso de contratación está concebido para que su duración sea muy breve y la tramitación muy sencilla, pero sin descuidar, sin embargo, las necesarias publicidad y transparencia en el contrato”¹³⁸.

¹³⁸. Esta opción de eliminar la posibilidad de negociación por la cuantía, ha sido implantada en Cataluña mediante el Decreto-ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (artículo 7). Este Decreto-ley tiene por objeto establecer medidas en relación con la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Como consecuencia de la Recomendación de Decisión del Consejo de la Unión Europea de 27 de julio de 2016, por la que se formula una advertencia a España para que adopte medidas dirigidas a la reducción del déficit, se ha presentado por el Grupo Parlamentario Popular en

El artículo 168 LCSP habilita un procedimiento negociado sin publicidad, entre otros casos:

Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial solo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato.

Interesa destacar que ahora, con fundamento en el artículo 32 de la Directiva de contratación pública de 2014, se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia¹³⁹.

Por último, bajo la perspectiva de mejora de la transparencia desde la simplificación, hay que reseñar que el artículo 159 LCSP introduce el procedimiento abierto con tramitación simplificada (muy similar al de la Ley 3/2011 de Aragón). Los umbrales para su utilización son los no armonizados en suministros y servicios y 2 millones en obras (salvo poder adjudicador no Administración pública, que lo puede utilizar para todo importe). Este procedimiento, llamado a convertirse en el procedimiento ordinario en estos um-

el Congreso, el 21 de octubre de 2016, la Proposición de Ley de medidas para promover la transparencia en la contratación pública.

¹³⁹. Este nuevo supuesto de procedimiento negociado sin publicidad y sin concurrencia ha sido admitido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, al recordar que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas o bien económicas que impidan la concurrencia. En todo caso, como bien ha indicado I. GALLEGO CÓRCOLES, “Los procedimientos de adjudicación...”, ob. cit., “lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”. Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto solo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a este procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, *Comisión/Italia*, C-57/94).

brales, solo se podrá emplear si los criterios de adjudicación dependientes de juicios de valor no alcanzan determinado porcentaje de la valoración final, y exige unos requisitos distintos pensados en la mayor rapidez, como son la presentación de ofertas en el registro del órgano de contratación, la obligación del licitador de estar incluido en el registro de contratistas y la declaración responsable de solvencia¹⁴⁰.

Este procedimiento contempla además, en su apartado 6, una tramitación “sumaria” en importes inferiores a 80 000 euros en obras y 35 000 euros en servicios¹⁴¹. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP, se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Se pretende la simplificación “máxima” y se presume la capacidad y solvencia: por ello no hay que presentar ni declaración responsable ni inscripción en el ROLECE (así se advierte en la Recomendación JCCPE 32/2018, de 24 de septiembre, y en el Informe 12/2019, de 28 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya)¹⁴². Según lo dispuesto en el último inciso del apartado 159.6 g) LCSP, resulta aplicable la regulación del procedimiento abierto simplificado solo con carácter supletorio donde no exista regulación (por ello, al eximirse

¹⁴⁰. Esta opción, cuestionada por algunos, encuentra justificación en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 15/2011, de 8 de junio, donde, al analizar el procedimiento con tramitación simplificada introducido por la Ley aragonesa 3/2011, de medidas en materia de Contratos del Sector Público, opina que los criterios de valoración, atendiendo a la finalidad de esta tramitación simplificada, deben ser preferentemente de aplicación matemática, pues el “simplificado” no es más que el procedimiento abierto descargado de algunos trámites procedimentales, por lo que a juicio de la citada Junta no cabría utilizar esta tramitación simplificada en contratos de compleja valoración.

¹⁴¹. No podrán adjudicarse a través de esta modalidad de procedimiento los contratos que tengan por objeto prestaciones de carácter intelectual, lo que resulta totalmente coherente con la limitación de la utilización de criterios dependientes de juicios de valor. Como dispone el artículo 159.6 b) LCSP/2017, se eximirá a los licitadores de la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional. Ahora bien, lo que no se exige de forma expresa es la obligación de acreditar la personalidad, representación y declaración de no incursión en prohibición de contratar, compromiso de constitución de UTE y sometimiento a fuero español.

¹⁴². Este criterio ha sido adoptado también mediante Resolución de 27 de noviembre de 2018, de la vicepresidenta y consejera de Hacienda y Administración Pública, por la que se ordena la publicación en el Diario Oficial de Extremadura del Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura de 20 de noviembre de 2018, por el que se modifican los modelos de pliegos de cláusulas administrativas particulares aplicables a contratos de obras, servicios y suministros por procedimiento abierto simplificado sumario (DOE de 7 de diciembre de 2018), en donde se afirma que no se exigirá inscripción en el ROLECE (ni en el ROLCAEX) para los procedimientos abiertos simplificados sumarios del artículo 159.6 (<http://doe.gobex.es/pdfs/doe/2018/2370o/18062797.pdf>). Vid. también la opinión de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “¿Estar inscrito en el ROLECSP para participar en un procedimiento abierto supersimplificado?”, www.obcp.es.

de la justificación de la solvencia, no hay vacío para exigir, por supletoriedad, la inscripción en el registro de contratista).

La proposición, cuando sea electrónica, se presentará en “sobre o archivo electrónico”. Dado que solo se permiten criterios de adjudicación evaluables de forma automática, la oferta se contendrá en un solo archivo electrónico. Con este procedimiento, se ofrece un ámbito de aplicación más favorable a las pymes, y es una clara alternativa a la utilización “indebida” del contrato menor.

4.2

Transparencia y rendición de cuentas

La transparencia en la contratación pública, además de fomentar la concurrencia y la eficiencia, debe servir como instrumento de rendición de cuentas¹⁴³. A tal efecto, el artículo 8 de la Ley 19/2013, de Transparencia, obliga a que el portal de transparencia contractual contenga información sobre todo contrato público –y todo contrato patrimonial– al margen de su importe y tipo. Esta información permitirá analizar la política de compra pública, y pretende ser una herramienta de rendición de cuentas que permita explicar a la ciudadanía en qué, cómo y cuánto se invierten los recursos públicos mediante contratación pública. Además, debe servir para legitimar la actuación administrativa, al existir un control político de su actuación. Y por ello, en cuanto que permite “dar luz” a ciertas prácticas, debe servir de avance en la idea de integridad en la contratación pública¹⁴⁴.

Pero no se cumple este principio con un portal que sea mero repositorio de información no sistematizada y lista interminable de datos¹⁴⁵. *Se exige una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración*

¹⁴³. P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Connotaciones del principio de transparencia...”, ob. cit. También B. NOGUERA DE LA MUELA, “La transparencia en la contratación pública: entre las reglas europeas y el ordenamiento jurídico español”, en libro homenaje al profesor L. Cosculluela, *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2015, pp. 948-957; y A. SANMARTÍN MORA, “Las nuevas obligaciones...”, ob. cit.

¹⁴⁴. Como recuerda E. GUICHOT, la frase del juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos Louis Brandais, “La luz del sol es el mejor de los desinfectantes”, se ha convertido en la imagen más conocida que asocia transparencia y lucha contra la corrupción. Vid. “Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción”, en AA. VV., *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 141-143.

¹⁴⁵. Vid. A. CERRILLO I MARTÍNEZ, “Transparencia, acceso a la información y contratación pública”, en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGÓ CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 321 y ss.

de la gestión contractual de los distintos poderes adjudicadores. Información que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias. Y un primer dato es que el cuarenta por ciento de las licitaciones publicadas solo tienen un único licitador, que un muy importante número de contratos no llega a descuentos del 2 %, y que determinadas empresas contratan habitualmente solo con ciertas entidades contratantes¹⁴⁶.

La cultura de la rendición de cuentas de la contratación pública se vincula a la idea de una “contratación abierta”, que se define como una contratación transparente en todo tipo de contrato y en todas sus fases, con especial interés en los rendimientos del contrato y que tiene por destinatarios a todos los ciudadanos¹⁴⁷. La Guía sobre Gobierno Abierto, elaborada en 2013 por el Instituto del Banco Mundial para la asociación internacional *Open Contracting Partnership*, contiene pautas para lograr un sistema de contratación abierta, que ha de garantizar procesos de contratación transparentes y justos, y crear mecanismos activos de participación ciudadana y “reparación” de la contratación pública¹⁴⁸.

La LCSP, en cumplimiento del artículo 84 de la Directiva 2014/24/UE, diseña la nueva función de los perfiles de contratante, que deberán albergar los siguientes contenidos (artículo 63) relativos tanto a preparación y adjudicación como a ejecución¹⁴⁹:

a) Identificación y datos de contacto de la entidad contratante y del órgano de contratación.

¹⁴⁶. Los datos que se muestran en esta página web abarcan desde el año 2008 hasta la actualidad, y son recogidos de la Plataforma de Contratación del Sector Público (<https://contrataciondelestado.es/wps/portal/plataforma>), que la Dirección General de Patrimonio del Ministerio de Hacienda y Función Pública pone a disposición de todas las Administraciones españolas. En esta página web se pueden consultar los datos de más de 1500 Administraciones que han dado de alta su perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP).

¹⁴⁷. A. SANMARTÍN MORA, “Contratación abierta. ¿qué es?”, publicada en www.obcp.es.

¹⁴⁸. Consultar la Guía sobre Gobierno Abierto (<http://www.opengovguide.com>). En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón quiso avanzar hacia un sistema de contratación abierta, exigiendo en su artículo 16.2, a todo el sector público aragonés, publicidad sobre la fase de ejecución: “Se dará publicidad de la ejecución de los contratos que no tengan la consideración de contrato menor, la cual comprenderá al menos información sobre las ampliaciones del plazo de ejecución, prórrogas del contrato, contratos complementarios, modificaciones del contrato, fecha de la recepción e importe de la liquidación practicada y, en su caso, de la cesión o resolución del contrato”.

¹⁴⁹. Como pone de relieve J. M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, la publicidad de la actividad contractual puede incluir otra información sobre aspectos de la ejecución, como datos de utilización, número de reclamaciones, etc. Al respecto, es de gran interés su libro *Contratación pública y transparencia*, Wolters Kluwer, 2016.

b) Descripción del objeto del contrato e identificación de sus códigos CPV.

c) Valor estimado del contrato, presupuesto de licitación e importe de adjudicación.

d) Procedimiento de adjudicación utilizado, con expresión de la causa que lo habilita en el caso de los procedimientos negociados, y tipo de tramitación del expediente.

e) En su caso, fechas de publicación de los anuncios de licitación, e instrumentos a través de los que se han publicitado.

f) Identidad de los licitadores que han participado en el procedimiento, ya se trate de licitadores que han presentado una oferta, de licitadores invitados a participar (en el caso de procedimientos restringidos y con negociación) o de licitadores excluidos, con expresión del motivo de su exclusión. En el caso de uniones temporales de empresas, además de su denominación se indicará la de los integrantes de las mismas y su porcentaje de participación.

g) Número de ofertas presentadas por operadores económicos que sean pequeñas y medianas empresas, operadores económicos de otro Estado miembro o de un tercer país, o las ofertas presentadas por vía electrónica.

h) Motivos por los que se hayan rechazado ofertas consideradas anormalmente bajas.

i) Identidad del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta.

j) Declaración del adjudicatario de no estar incurso en causa de prohibición de contratar, así como, en su caso, informe favorable de la junta consultiva de contratación administrativa de la comunidad autónoma de las medidas planteadas para eximir de la prohibición de contratar.

k) Cuando se conozca, especificación de la parte del contrato que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros, y en caso de que existan, y si se conocen en ese momento, los nombres de los subcontratistas del contratista principal.

l) Plazo de ejecución y posibles prórrogas.

m) En su caso, la declaración de desierto o los motivos por los que se desista del procedimiento o se renuncie a adjudicar un contrato.

n) En su caso, los conflictos de intereses detectados y las medidas tomadas al respecto.

ñ) Resolución por la que se acuerda el mantenimiento de los efectos del contrato en el supuesto de declaración de nulidad.

En todo caso, esta exigencia de publicidad activa, que sin duda es un avance, exige “afinar” su contenido para no convertirse en una mera obli-

gación formal¹⁵⁰. Esta información, a través del *big data*, debe servir como herramienta de mejora de la gestión de la contratación pública¹⁵¹. Como explica P. VALCÁRCEL, la triple premisa –gestión documental basada en el uso de medios electrónicos, digitalización y automatización– resulta imprescindible a la hora de impulsar la reutilización de la información. Además, en cuanto que la disposición final cuarta LCSP declara de aplicación supletoria la LPAC en la tramitación de los procedimientos de contratación, deben entenderse aplicables las normas acerca de seguridad e interoperabilidad¹⁵².

5

El control de la ejecución de los contratos públicos como nuevo eje de gobernanza

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público– frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privada (de contratos públicos), parece necesario abordar un análisis jurídico de los posibles condicionantes de la cultura de la gobernanza en la contratación pública y, en especial, en modelos de colaboración público-privada, atendiendo a la sostenibilidad financiera de los servicios y las actividades públicas¹⁵³. Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de colaboración público-privada y que, en muchas ocasiones, están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy “formales”, que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta “sensibilidad” social de los mismos, y que han permitido en ocasiones cierta depredación de

¹⁵⁰. Vid. I. GALLEGU CÓRDOLES, “La contratación pública digital”, en AA. VV., 4.^a *revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Aranzadi, 2018, pp. 455-459.

¹⁵¹. Son de especial interés las reflexiones de P. VALCÁRCEL en su trabajo “Tres dimensiones de la transparencia en la contratación pública. Rendición de cuentas, respeto de los derechos de operadores económicos y mejora global de la gestión de este sector a través del ‘big data’”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, Aranzadi, 2019, pp. 93-130.

¹⁵². Así lo explica J. FONDEVILA ANTOLÍN, en su trabajo “Administración electrónica y contratación pública: algunas consideraciones en materia de seguridad”, en I. MARTÍN DELGADO (dir.), *La reforma de la administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el derecho*, INAP, Madrid, 2017, pp. 357-359.

¹⁵³. Vid., en este sentido, T. R. FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *RAP*, núm. 200, 2016, pp. 439-450.

lo público¹⁵⁴. Así, la principal estrategia para liderar una nueva cultura de gobernanza en la contratación pública pasa necesariamente por la redacción de un pliego de licitación bien pensado, que regule con precisión las posibles incidencias de su ejecución y que, sobre todo, “incentive” al correcto cumplimiento y cumpla con los derechos sociales¹⁵⁵.

5.1

El valor del pliego en una correcta ejecución

El pliego, como *lex contractus*, es la pieza esencial de la arquitectura de cualquier contrato público o concesión¹⁵⁶. Pliego que regulará obligaciones y derechos de las partes, fórmulas de reequilibrio de lo pactado, herramientas de calidad de la prestación, mecanismos de penalización contractual, posibilidades de arbitraje, etc. El pliego debe regular el correcto ejercicio de las facultades de supervisión y vigilancia del poder adjudicador, pues, como advierte el profesor S. MUÑOZ MACHADO, la Administración en modo alguno puede abstraerse del ejercicio de estas facultades para dejar en las manos del contratista el cumplimiento, pues se pone en riesgo el interés público¹⁵⁷.

Además, el carácter complejo de las fórmulas de colaboración público-privada y su larga duración (en la lógica de un adecuado reparto de riesgos) aconsejan también que los pliegos y el contrato contemplen códigos éticos de actuación en el cumplimiento de la relación contractual, pues aquí es donde

¹⁵⁴. Este carácter depredador de lo público es advertido por F. CAAMAÑO (en F. CAAMAÑO, J. M.^a GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología*. ..., ob. cit., p. 26) como una de las debilidades de las fórmulas de colaboración público-privada. Como señala F. FRACCHIA, ante los casos de “egoísmo del mercado” lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público (“Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización”, en AA. VV., *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 94-95. Este autor nos recuerda cómo, en el dilema entre gestión pública y externalización, el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril), en la elección de la modalidad de gestión del servicio, se decanta a favor del mercado.

¹⁵⁵. P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, *Revista española de control externo*, vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

¹⁵⁶. Vid. M. Á. BERNAL BLAY, “Las leyes del contrato (los pliegos): contenido esencial y formas de control”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, pp. 957-995, y J. COLÁS TENAS, “Los pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas”, en AA. VV., *Tratado de contratos del sector público*, vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 1405-1440.

¹⁵⁷. S. MUÑOZ MACHADO, *Contratos del Sector Público*, tomo XIII del *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, 2.^a ed., BOE, Madrid, 2018.

la ciudadanía, en muchas ocasiones como destinataria de la prestación, puede percibir una nueva cultura de gestión pública basada en la ejemplaridad¹⁵⁸.

Además de las previsiones expuestas, para preservar la mejor calidad, debe reflexionarse, al diseñarse al pliego, sobre la conveniencia de incorporar nuevos sistemas de retribución de los contratistas, como incentivos a una mejor ejecución, tal y como se prevé de forma expresa en el artículo 102.6 LCSP al afirmar que “Los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento o incumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento, debiendo establecerse con precisión los supuestos en que se producirán estas variaciones y las reglas para su determinación, de manera que el precio sea determinable en todo caso”¹⁵⁹. Así, por ejemplo, la experiencia del sistema de retribución vinculado, en el ámbito sanitario, al criterio de *Value-Based Health Care* (medir correctamente las cosas correctas), que supone abandonar el pago

¹⁵⁸. Sobre esta cuestión resultan de especial interés las reflexiones del filósofo J. GOMÁ, en su obra *Ejemplaridad pública*, Taurus, 2009. También el estudio de J. F. MALEM SEÑA, *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002. Igualmente, interesa destacar el estudio de L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, FrancoAngeli, Milano, 2009, y el trabajo de J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Corrupción, ética y moral en las Administraciones públicas*, Civitas, Cizur Menor, 2.^a ed., 2014. Y más recientemente el trabajo de J. A. FERNÁNDEZ AJENJO, *Leyes de la corrupción y ejemplaridad pública*, Amarante, 2019, donde se insiste en la herramienta de la ejemplaridad pública frente a la ley del abuso de poder (y la gobernanza ética frente a la ley de la historicidad). A modo de ejemplo en la práctica, puede referenciarse el Código de principios y conductas recomendables en la contratación pública, aprobado por Acuerdo de Gobierno de Cataluña el 1 de julio de 2014. Con la finalidad de contribuir a la excelencia en la actuación administrativa en el ámbito de la contratación pública, la Oficina de Supervisión y Evaluación de la Contratación Pública ha recogido en este Código los fundamentos y las buenas prácticas que ya tienen integrados, en su tarea diaria, los departamentos de la Administración de la Generalitat de Catalunya y las entidades que forman parte de su sector público, incorporando nuevos contenidos para la determinación de las conductas y las recomendaciones que contiene, las cuales también provienen de aportaciones procedentes del Grupo de Trabajo para el impulso y la mejora de los procesos de contratación pública, constituido en el seno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, de la Oficina Antifraude de Cataluña, de la Autoridad Catalana de la Competencia, del Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración local de Cataluña, así como de organizaciones empresariales o sindicales. Con el Código, se quiere consolidar la ética en la contratación como parte de la cultura y los valores de los órganos de contratación. Las buenas prácticas contractuales contenidas en el Código se estructuran en los siguientes apartados: a) la determinación de los principios y de los valores éticos centrales que deben presidir la contratación pública; b) la identificación de determinadas conductas de utilidad para conformar una guía de actuación ante múltiples posibles circunstancias reales concretas; c) la concreción de prácticas contractuales especialmente convenientes, y d) la concienciación, la formación y el seguimiento del compromiso ético.

¹⁵⁹. Esta opción no quiebra el mandato de que el precio sea cierto, pues en todo caso hay parámetros objetivos de determinación. Vid. A. PEÑA OCHOA, “Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, en AA. VV., *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, p. 950.

por volumen o procedimiento (*fee-for-service*) por el modelo del “pago en salud por resultado conseguido”, puede ayudar a conseguir una mejor calidad en prestaciones tan sensibles¹⁶⁰. Como indica M. PORTER, la mejora en cualquier campo requiere medir los resultados, un principio bien conocido de gestión, lo que aconseja medidas rigurosas de valoración (de *outcomes* y costes) para asegurar la correcta calidad en la prestación del contrato.

Y por supuesto, como complemento ineludible a la correcta ejecución, debe contemplarse un modelo de penalidades contractuales por incumplimiento de las condiciones de la concesión, o de su calidad, o de los deberes del concesionario, que “blinde” el interés público ante un escenario de deficiente o inadecuada prestación del interés público¹⁶¹. La nueva LCSP es clara al habilitar y fomentar esta opción, con umbrales de penalidad que claramente tienen fuerza “disuasoria” y que deben servir de freno a incumplimientos que conduzcan a una resolución anticipada¹⁶². Obviamente, el diseño y la aplicación de las penalidades deberán respetar el principio de proporcionalidad¹⁶³.

¹⁶⁰. M. PORTER (junto con T. H. LEE) publica un interesante artículo en el número de octubre de 2013 de la Harvard Business Review (“The strategy that will fix health Care”, *HBR*, octubre 2013, pp. 50-69), donde desarrolla esta idea del pago por resultado en el ámbito de la salud. Propuesta iniciada en su libro (con E. TEISBERG) *Redefining Health Care: Creating Value-based Competition on Results*, Harvard Business Scholl Press, 2006.

¹⁶¹. Sobre el uso “estratégico” de las condiciones especiales de ejecución, *vid.* J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, “Prerrogativas, derechos y obligaciones en la ejecución de los contratos administrativos”, en E. GAMERO CASADO e I. GALLEGÓ CÓRCOLES (dirs.), *Tratado de contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 2183-2190.

¹⁶². Interesa destacar el criterio fijado por el Tribunal Supremo en la sentencia 1689/2019, de 21 de mayo (rec. n.º 1372/2017), al afirmar que la imposición de penalidades no está sujeta a un plazo de caducidad, ni requiere tramitar el procedimiento sancionador de la legislación de procedimiento administrativo, dado que estas medidas de carácter coercitivo “constituyen trámites, decisiones o incidencias dentro del procedimiento de ejecución”. La penalidad carece de una vocación sancionadora en sentido estricto, configurándose como una suerte de cláusula penal contractual, y, en lo procedimental, se ubica en sede de ejecución contractual, sin que se prevea para su ejercicio un procedimiento específico y diferenciado, por lo que no implica un procedimiento autónomo o diferenciado dentro del procedimiento contractual iniciado con la adjudicación, sino una decisión o trámite en particular de la fase de ejecución. La imposición de penalidades supone el ejercicio de una facultad de coerción sobre el contratista para la correcta ejecución del contrato, facultad que implica poderes de dirección, inspección y control que, en garantía del interés público, se atribuyen a la Administración. Constituye un trámite más dentro de la ejecución del contrato al que no resulta de aplicación un procedimiento autónomo sometido a un plazo de caducidad; no es de aplicación supletoria la caducidad regulada en los artículos 42.3.a) y 44.2 de la Ley 30/1992 –actualmente, artículos 21.3.a) y 25.1.b) de la Ley 39/2015–.

¹⁶³. La proporcionalidad de toda actuación o decisión administrativa ha sido encumbrada a principio general del derecho administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”.

5.2

Un correcto diseño de la vigilancia del contrato

No puede desconocerse el hecho de que, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios es la verdadera causa del mal funcionamiento de los mismos¹⁶⁴. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T. R. FERNÁNDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G. JÉZE en relación con los servicios públicos¹⁶⁵. Por ello, nunca podrá abdicar una Administración diligente de los principios de adecuado control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos.

Para dar respuesta a esta posible problemática, el pliego debe hacer referencia a **la figura del responsable del contrato, de carácter obligatorio**, ex artículo 62 LCSP, para todo poder adjudicador y tipo contractual¹⁶⁶. El responsable del contrato (puede ser una persona jurídica) tiene un elenco abierto de competencias, que debe determinarse por el órgano de contratación

¹⁶⁴. Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos –con diferentes niveles entre una y otra calificación–. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos*, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

¹⁶⁵. T. R. FERNÁNDEZ, “León Duguit en España y en español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010, p. 44. Por ello, justificar una prerrogativa pública para “reinternar” en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando estas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público, resulta, cuando menos, una paradoja.

¹⁶⁶. Esta figura, como nos recuerda J. C. GÓMEZ GUZMÁN en su blog *auditoriadecostes*, en la entrada sobre el responsable del contrato, es común en las legislaciones de contratos públicos de países de nuestro entorno. Así, por ejemplo, en la legislación americana, en las *Federal Acquisition Regulations* (FAR) –Subpart 42.3– se regulan las funciones del *contract administration office* (CAO), con, entre otras, las siguientes responsabilidades cuando este se designe: a) desarrollar y aplicar procedimientos eficientes para llevar a cabo las acciones de aseguramiento de la calidad del contrato; b) realizar todas las acciones necesarias para verificar si los suministros o servicios cumplen los requisitos de calidad del contrato; c) mantener, como parte de su labor de inspección del contrato, registros adecuados que reflejen la naturaleza de las acciones de aseguramiento de la calidad de los contratos, incluyendo, cuando proceda, las observaciones realizadas y el número y tipo de defectos hallados, decisiones relativas a la aceptabilidad de los productos, los procesos y los requisitos, así como acciones para corregir los defectos; d) aplicar instrucciones específicas del órgano de contratación; e) informar al órgano de contratación sobre cualquier defecto observado en el diseño o en los requisitos técnicos, incluidos los requisitos de calidad, del objeto del contrato; y f) recomendar cualquier cambio necesario al contrato, como especificaciones, instrucciones u otros requisitos que proporcionen operaciones más eficaces o eliminen costes innecesarios.

en los pliegos, que pueden abarcar obligaciones de aseguramiento de la transparencia y de vigilancia sobre diversos aspectos que interesan al órgano de contratación, así como de preservar la adecuada calidad de la prestación y el adecuado mantenimiento del reparto de riesgos¹⁶⁷. Y para las concesiones, el artículo 62.3 indica que “la Administración designará una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y para verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra”. Interesa destacar cómo el control de la calidad y la correcta satisfacción del interés público inherente a toda concesión se conforman como ejes irrenunciables, y señas de identidad de la nueva gobernanza en el funcionamiento de la colaboración público-privada¹⁶⁸.

Por otra parte, para esta nueva “estrategia de cumplimiento y gobernanza de las concesiones”, hay que reseñar la nueva previsión del artículo 190 LCSP en relación con las prerrogativas, al señalar que “el órgano de contratación ostenta las facultades de inspección de las actividades desarrolladas por los contratistas durante la ejecución del contrato, en los términos y con los límites establecidos en la presente Ley para cada tipo de contrato. En ningún caso dichas facultades de inspección podrán implicar un derecho general del órgano de contratación a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo que tales emplazamientos y sus condiciones técnicas sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato”. Este reconocimiento a la inspección del contrato refuerza la idea de la importancia del correcto cumplimiento de las obligaciones contractuales y debe ser, sin duda, una herramienta esencial para asegurar el correcto cumplimiento.

En todo caso, corresponde al responsable del contrato proponer la imposición de penalidades (art. 194 LCSP), informar, en los supuestos de prórrogas, sobre si el retraso en la ejecución es o no imputable al contratista (art. 195 LCSP), y dictar instrucciones interpretativas en los con-

¹⁶⁷. Una cláusula sencilla en un pliego, como propone M. RUIZ DAIMIEL, podría consistir en lo siguiente: “Además de las recogidas expresamente en la Ley, el ejercicio de las facultades inherentes a la potestad de dirección del contrato, así como proponer al órgano de contratación el ejercicio de las prerrogativas que le correspondan por razones de interés público. Igualmente le corresponderá acreditar la conformidad de la prestación con lo previsto en el contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 198 y asistir al acto de recepción del contrato en calidad de representante de la Administración o en su caso, dar la conformidad final al contrato” (“El responsable del contrato en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, obcp.es –18 de junio de 2018–).

¹⁶⁸. Sobre la figura del responsable del contrato interesa el trabajo de J. DE LA MORENA LÓPEZ, “Responsable del contrato ‘in vigilando’”, *Gabilex*, núm. extraordinario vol. II, marzo 2019, pp. 643-656.

tratos de servicios (art. 311 LCSP). Responsable del contrato que deberá contar con la capacitación suficiente para detectar disfunciones e imponer las medidas necesarias para el correcto cumplimiento de las distintas obligaciones y estándares de calidad.

La correcta vigilancia del cumplimiento de las obligaciones del concesionario a través de un responsable del contrato profesionalizado es la pieza basilar del modelo de gobernanza en la contratación pública, pues, como ha advertido A. SANMARTÍN MORA, la falta de personal cualificado puede dar lugar a una irresponsable delegación de gobernanza en el sector privado, y que sea el contratista quien defina el nivel de calidad de los objetos a contratar en lugar de la autoridad pública. Por ello, es necesario que los gestores cuenten no solo con conocimientos especializados relacionados con los aspectos legales, sino también con aquellos que se relacionan con la gestión de proyectos y de riesgos. Y en ausencia de personal cualificado, en especial por Administraciones locales, deberán utilizarse los mecanismos de cooperación supramunicipal existentes¹⁶⁹.

Asimismo, es importante dotarlos de directrices éticas que les permitan evitar situaciones de conflicto de intereses, pero sin que ello suponga bloquear la eficiencia de la contratación¹⁷⁰. En consecuencia, la figura del responsable

¹⁶⁹. Esta situación aconseja un debate, que va más allá del objetivo de este trabajo, sobre el nivel adecuado donde deben residenciarse las competencias y prestaciones de servicios, aceptando la premisa de que no es posible el uniformismo del régimen jurídico y debe atenderse por ello a la diversidad tanto del pequeño municipio como del gran ayuntamiento. En la revisión del modelo (al margen de los legítimos apriorismos políticos) debe tenerse en cuenta la mejor satisfacción de las prestaciones a los ciudadanos, resultando conveniente insistir en la idea de cooperación y asistencia, donde pueden jugar un papel relevante estructuras administrativas de carácter supramunicipal. Como indica F. VELASCO CABALLERO, una Administración local es tendencialmente ineficaz cuando la ley le atribuye competencias que, por sus dimensiones o escala, no se pueden ejercer adecuadamente por su titular (“La planta local de España: criterios para la toma de decisiones”, en J. M.^a GIMENO FELIU –coord.–, *La Organización Local. Nuevos Modelos*, Civitas-Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 138). Ante tal situación la cuestión no radica tanto en quién la debe detentar, sino en cómo es posible una mejor gestión competencial.

¹⁷⁰. A. SANMARTÍN MORA, “La profesionalización de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 408-409 (este trabajo desarrolla las distintas posibilidades de la “profesionalización” de la contratación pública, que debe ser el eje sobre el que construir un nuevo modelo estratégico y eficiente, respetuoso con el principio ético exigible a toda actuación administrativa). También. E. MALARET, “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 15, primer semestre 2016, pp. 38 y ss.

del contrato y sus concretas funciones es la clave para un correcto cumplimiento del fin público que es causa de toda colaboración público-privada¹⁷¹.

Muy importante en la gobernanza en la ejecución de la colaboración público-privada es preservar la equidad en las condiciones sociales y laborales de sus trabajadores, lo que va intrínsecamente unido a una mejor calidad de la prestación. Procede “rearmar” el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como se fomenta por la nueva LCSP y se ha reconocido, por ejemplo, en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato. Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara lo siguiente: “con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, *Regio Post* (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato”¹⁷². En todo caso, el TACPA advierte que no resultarán admisibles aquellas exigencias o estipulaciones que “fuercen” la vinculación exigible, o que interfieran de forma indebida en la propia política empresarial de las empresas. La contratación pública puede estar al servicio de condiciones sociales, pero con el límite de

171. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en su Recomendación 1/2013, ya advertía de la importancia de esta figura, señalando lo siguiente: “El responsable del contrato sería así el instrumento a través del cual se canalizaran todas las comunicaciones e instrucciones que la entidad contratante deba hacer llegar a la contratista, que, a su vez, deberá designar un director del contrato que realice las tareas que le corresponden, en su doble vertiente: como organización propia y autónoma y como empleador”.

172. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Las condiciones sociales en la contratación pública: posibilidades y límites”, *Anuario del Gobierno Local 2017*, pp. 241-287. También A. B. CASARES MARCOS, “Función de las cláusulas sociales en relación con la prestación contractual: la definición del objeto contractual y su introducción como condición especial de ejecución”, en AA. VV., *Innovación social en la contratación administrativa: las cláusulas sociales*, Aranzadi, 2018, pp. 123-152.

no distorsionar la competencia, ni introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Los pliegos de una licitación pública no pueden excederse en su función regulatoria vinculada a la correcta ejecución de la concesión, y proyectar efectos sobre la organización de la empresa licitadora, imponiendo reglas sobre las que se carece de título competencial –como ha advertido el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 1154/2016, de 18 de mayo, vía contrato público no puede modularse la legislación laboral estatal–, y que limitan indebidamente el derecho a la libertad de empresa en una economía social de mercado (artículo 38 CE), para cuya protección el Tribunal Constitucional exige que las medidas de restricción sean proporcionadas e indispensables –STC 109/2003, de 3 de junio, fundamento 15–¹⁷³.

5.3

Una reflexión final sobre la ejecución en los contratos públicos y en las concesiones

La experiencia nos presenta que gran parte de las críticas al modelo tiene su origen en la ausencia de información suficiente y de adecuada rendición de cuentas (*uncountability*)¹⁷⁴. Para abordar esta problemática, ya “institucionalizada”, debe replantearse la regulación y práctica de la contratación pública desde la lógica del principio de transparencia en todas las fases del contrato¹⁷⁵. Una gestión transparente de las concesiones (en el fondo de

¹⁷³. Son de interés las conclusiones contenidas en el Informe 1/2015, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, sobre integración de aspectos sociales, laborales y medioambientales en la contratación pública: a) En primer lugar, es imprescindible acotar de alguna manera el ámbito de aplicación, ya que cláusulas como la propuesta solo tienen sentido cuando se contraten prestaciones en las que el componente económico fundamental venga constituido por el coste de la mano de obra, o en las que se incorporen cláusulas de subrogación de trabajadores. b) En segundo lugar, y no menos importante, además de adaptarse según el objeto y tipología de contrato, su inclusión requiere de una evaluación previa para determinar la idoneidad de incluirla e, incluso, su alcance temporal. Salvo que el Gobierno de Aragón se dote de algún instrumento normativo que establezca su obligatoriedad o, en su caso, la recomendación de su inclusión en las licitaciones, su incorporación en cada caso dependerá de la decisión del órgano de contratación competente, valorando las circunstancias de la concreta licitación. c) En tercer lugar, la cláusula debe incorporar los necesarios parámetros objetivos para determinar cuándo la obligación se entiende cumplida; debe establecerse un importante y responsable control por la Administración en la fase de ejecución del contrato, que permita aplicar con rigor la cláusula; y sus consecuencias (“supresión” de la prórroga o resolución del contrato) deben también acotarse en cada caso.

¹⁷⁴. Como bien advierte F. CAAMAÑO, en F. CAAMAÑO, J. M.^a GIMENO, G. QUINTERO y P. SALA, *Servicios públicos e ideología*. ..., ob. cit., p. 28.

¹⁷⁵. La importancia de la transparencia en la contratación pública ha constituido uno de los ámbitos de preocupación de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que

todo contrato público), como política horizontal, permite explicar a la ciudadanía la gestión de los recursos públicos, y, bien practicada, se convierte en la principal herramienta para una gestión íntegra y profesionalizada¹⁷⁶. Así, la nueva gobernanza de las colaboraciones público-privadas exige el diseño de un sistema eficaz de transparencia sobre el cumplimiento, la calidad, la retribución y las incidencias detectadas¹⁷⁷; un sistema de transparencia no formal que contenga una información accesible y comprensible, que permita una fácil valoración de la gestión contractual, y que debe servir para “modificar y corregir” aquellas actuaciones que revelen malas praxis o ineficiencias.

Todas estas medidas comportan un nuevo modelo de gobernanza de la ejecución de las concesiones, que pone el acento en el correcto cumplimiento y satisfacción del interés general que es causa de toda colaboración público-privada. Medidas que coadyuvarán a centrar desde una perspectiva técnica y no ideológica el debate sobre el funcionamiento de los servicios públicos y sus formas de provisión.

ha llevado adelante activamente un programa de trabajo sobre el tema de la transparencia de la contratación pública. Vid. al respecto http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min01_s/brief_s/brief14_s.htm (última visita: septiembre de 2012). Sobre las “posibilidades” de este principio de transparencia (que no es formal) me remito a mi trabajo “Transparencia activa e integridad: ...”, ob. cit., pp. 27-80. Principio de publicidad (y competencia) que ya había sido recogido en nuestra primitiva legislación de contratación administrativa (Real Decreto de 27 de febrero de 1852, relativo a los contratos de servicios públicos), como bien explica M. BASSOLS COMA, “Evolución de la legislación sobre contratación administrativa”, en B. PENDÁS (coord.), *Derecho de los contratos públicos*, Praxis, Madrid, 1995, pp. 25 y ss.

¹⁷⁶. El Parlamento Europeo, mediante la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública (2011/2048(INI)), señala que la lucha contra la corrupción y el favoritismo es uno de los objetivos de las directivas; subraya el hecho de que los Estados miembros afrontan diferentes retos en este aspecto, y con un enfoque europeo más elaborado se corre el riesgo de debilitar los esfuerzos para racionalizar y simplificar las normas, y de crear más burocracia; señala que los principios de transparencia y competencia son clave para luchar contra la corrupción; solicita un enfoque común sobre las medidas de “autocorrección” a fin de evitar la distorsión del mercado y asegurar certidumbre jurídica tanto a los operadores económicos como a las autoridades contratantes. Igualmente, resulta de interés la previsión del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción sobre “Contratación pública y gestión de la hacienda pública”, donde se incide en las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

¹⁷⁷. La invisibilidad de las decisiones explica el fenómeno de la corrupción en un sector tan sensible como el de la contratación pública. Ya lo explicaba Platón —cuyas reflexiones continúan siendo de actualidad—: en el segundo libro de *La República* expone el mito del pastor Gíges (*La República*, L. II, 359c-360d). En este mito se plantea el dilema moral del hombre, que en caso de poseer un anillo de invisibilidad que le brinda todo el poder para actuar en secreto y con total impunidad, va a actuar, desafortunadamente según muestra la experiencia general, en beneficio propio y de forma deshonesto e injusta.

La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña

MARIA VICTÒRIA FORNS I FERNÁNDEZ*

*Profesora colaboradora permanente de trabajo
social. Universitat Rovira i Virgili***

“La presente Agenda [2030] es un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad. También tiene por objeto fortalecer la paz universal dentro de un concepto más amplio de la libertad. Reconocemos que la erradicación de la pobreza en todas sus formas y dimensiones, incluida la pobreza extrema, es el mayor desafío a que se enfrenta el mundo y constituye un requisito indispensable para el desarrollo sostenible”.

*Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030
para el Desarrollo Sostenible, ONU, 2015¹.*

1. Introducción
2. El marco constitucional y estatutario
3. El derecho de acceso a los servicios públicos

Artículo recibido el 13/11/2019; aceptado el 04/03/2020.

* Diplomada en Trabajo Social por la Universitat de Barcelona (UB). Licenciada en Antropología Social y Cultural y Máster Universitario en Estudios Avanzados en Administración y Derecho Público por la Universitat Rovira i Virgili (URV). Responsable de la Titulación de Trabajo Social de la Facultat de Ciències Jurídiques y del Área de Investigación en Servicios Sociales de la Càtedra d'Inclusió Social de la URV. Miembro del Grupo de Investigación en Antropología Social e investigadora del Proyecto “Conseqüències del feminicidi en la violència de gènere: anàlisi de les necessitats de fills, filles i familiars per a noves propostes d'intervenció integral a Catalunya”, del Institut Català de la Dona (Generalitat de Catalunya).

E-mail: mariavictoria.forns@urv.cat. Código ORCID 0000-0003-3938-8172.

** Este artículo ha sido realizado en el marco del Programa de Doctorado de Antropología y Comunicación de la Universitat Rovira i Virgili.

1. Resolución núm. 70/1, Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (ONU), New York, 25 de septiembre de 2015.

4. **El marco jurídico competencial local**
 - 4.1. La reforma del régimen competencial local
5. **El sistema catalán de servicios sociales**
 - 5.1. La consolidación del sistema
 - 5.2. Las funciones ejecutivas
 - 5.3. La estructura de los servicios sociales
 - 5.4. La organización territorial
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

Resumen

El marco jurídico constitucional y estatutario configura un sistema propio de prestaciones sociales sobre la base del reconocimiento de un derecho de acceso a los servicios sociales para todos los ciudadanos de Cataluña, en el contexto de la salida de la crisis económica y social en la que se hallaba inmerso el Estado español. Asimismo, determina la distribución de competencias materiales y funcionales del sistema público de protección social entre la Administración de la Generalitat y la Administración local, en sus diversos niveles; bajo el prisma de la interpretación constitucional de la reforma del régimen jurídico local de 2013. En esta línea la Ley 12/2007 de Servicios Sociales comporta la consolidación del modelo prestacional, respondiendo a los principios de universalidad, proximidad y descentralización.

Palabras clave: *servicios sociales; organización administrativa; régimen jurídico; entes locales.*

The survival of a legal framework of social services in Spain: the integrated system of Catalonia

Abstract

The constitutional and statutory legal framework configures a specific system of welfare benefits, based on the recognition of a right of access to social services for all citizens of Catalonia, in the context of emerging from the economic and social crisis, in which the Spanish State was immersed. Likewise, this legal framework determines the distribution of material and functional competences of the public social protection system

between the administration of the Catalan Government (Generalitat) and the local administration, at its various levels; under the perspective of the constitutional interpretation of the 2013 reform of the local legal system. Along these lines, Law 12/2007 on Social Services involves the consolidation of the provision model in accordance with the principles of universality, proximity and decentralisation.

Keywords: social services; administrative organization; legal framework; local entities.

1

Introducción²

El Estado del bienestar está en profunda revisión y en lucha constante contra el capitalismo neoliberal para subsistir, lo que requiere, para LÓPEZ (2007, p. 270), “afrontar las causas estructurales de la desigualdad, y para ello es necesario actuar colectivamente. No basta una estrategia basada en la habilidad y racionalidad del sujeto individualmente considerado. Las nuevas y viejas formas de desigualdad y de exclusión social operan en un entorno caracterizado por la expansión de las nuevas tecnologías y la reestructuración del sistema de producción capitalista”³. A pesar de ello, “la acción social se erige de forma inequívoca como el cuarto pilar del Estado del bienestar” (LÓPEZ, 2014, p. 22).

La crisis económica en un mundo globalizado⁴ ha provocado que la protección de los derechos sociales también entrara en crisis. Las limitaciones presupuestarias y las políticas de austeridad impuestas por la Unión Europea en los últimos años han obligado a algunos Estados, condicionados por una importante deuda pública, a tomar medidas para reducir el gasto público (CASADO, 2019, p. 4) y “reducir drásticamente el nivel

2. Vid., *in totum*, FORNS (2018a) y ANAUT (2019).

3. Este autor continúa afirmando que “las aspiraciones a una democracia mejor que articule las diversas dimensiones de la vida social chocan con las tendencias exclusógenas que caracterizan al nuevo capitalismo informacional: genera riqueza, pero también genera nuevas jerarquizaciones, nuevas formas de desigualdad, y refuerza en parte las viejas formas de desigualdad y de pobreza preexistentes” (LÓPEZ, 2007, p. 253).

4. “La globalización pone de relieve la vigencia de fortísimas desigualdades a nivel global, que también demandan acciones colectivas comunitarias para hacerles frente, tanto presentando experiencias de acción colectiva comunitaria exitosas en otros lugares, como favoreciendo el uso de las nuevas tecnologías para crear comunidades que persiguen objetivos definidos” (LÓPEZ, 2007, pp. 269-270).

de protección de muchos derechos sociales”, lo que “ha conllevado un general redimensionamiento del Estado del bienestar europeo” (GARDINI, 2018, p. 94). Un modelo de bienestar que, en nuestro país, “incluye las intervenciones del Estado (tanto a nivel central como a los niveles autonómico y local) dirigidas a mejorar el bienestar social y la calidad de vida de la población”, según NAVARRO (2004, p. 15). A pesar de ello, para FANTOVA (2019, p. 432), en todo caso, “no es equivalente el grado de desarrollo del sector económico de los servicios sociales o, en su seno, el del sistema público de servicios sociales, con el que tienen otros de los considerados académica o legislativamente como fundamentales para el bienestar, como, por ejemplo, los sectores económicos de los servicios de salud o educación o sus correspondientes sistemas públicos”.

En este complejo marco político, económico y social del inicio del siglo XXI, en el que la democracia del Estado social intenta mantenerse a flote (NAVARRO, 2004, p. 15)⁵, el sistema organizativo y competencial de servicios sociales de Cataluña ha mantenido su propia idiosincrasia a través de la vigente Ley 12/2007, de 11 de octubre, de servicios sociales (LSS), en un escenario de postcrisis económica y social, de nuevo en una incipiente recesión; pero aún inmerso en una profunda crisis política e institucional tras la reforma del régimen local español de 2013.

En este modelo, los entes locales suponen el primer nivel del sistema público de servicios sociales y constituyen los máximos garantes de la consecución de los principios de proximidad⁶, descentralización⁷ y univer-

5. HERAS (2008, p. 40), pocos meses después de la aprobación de la LSS, manifestaba que “reforzar el estado del bienestar también puede conllevar un contrasentido, porque, pese a la voluntad política gubernamental y de la sociedad civil, el bienestar no es un estado social o, si se quiere, colectivo ya conseguido; por lo tanto, más que reforzarlo, en realidad lo que hay es que casi fijar sus bases. Mientras que desde las posiciones conservadoras, teóricamente y en medidas concretas, se ha considerado que el estado del bienestar ya está superado y que está en crisis, en Cataluña, como también en el resto del Estado español, los fundamentos de este bienestar garantizado gubernamentalmente todavía están apenas comenzando”.

6. Según MELLADO (2010, pp. 6-7), esa cercanía proporcionada por los ayuntamientos es insustituible por las demás Administraciones, puesto que cada localidad tiene sus matices diferenciados y el contacto con los ciudadanos de cada núcleo es diferente; además, los programas políticos de estas unidades básicas administrativas no deberían ser obviados con un mero salto en la jerarquía competencial.

7. Para DESDENTADO (2009, p. 113), “hay que tener en cuenta que la descentralización de competencias tiene sentido en aquellas materias que sean de interés primordialmente local, como ocurre con los servicios sociales. En este ámbito, la descentralización competencial tiene para el ayuntamiento la ventaja de que una asignación formal, expresa, de competencias sobre la materia en las que ya viene desarrollando su actividad implicaría la obtención de una vía adicional de financiación”.

salidad⁸ en la atención a la persona, que constituirán las claves de bóveda del sistema de servicios sociales del Estado español.

El sistema de servicios sociales es el más descentralizado de todos los que configuran los pilares del Estado del bienestar, en el que han tenido un rol determinante los entes locales: “pese a las dificultades económico-financieras y a las derivadas de la atomizada estructura de la planta municipal, lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como agentes de bienestar ha contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social, caracterización que, junto con las de democrático y de derecho, definen la forma en que se halla constituida España de acuerdo con la Constitución de 1978 (art. 1.1)” (MARTÍNEZ-ALONSO, 2016, pp. 202-203). En este marco, para BLANCO, GOMÀ y SUBIRATS (2018, p. 24), “el nuevo municipalismo se convierte en el espacio básico de reconstrucción de derechos sociales, desde una exigencia de innovación, más allá de los parámetros clásicos del estado de bienestar”.

En los últimos años el mantenimiento de la calidad y del nivel óptimo de los servicios y las prestaciones sociales ante el incremento de la demanda se ha visto comprometido. Años en los cuales la crisis ha tenido un impacto no solo por el incremento de las demandas y el crecimiento de la pobreza, sino también por la intensificación del desequilibrio del binomio necesidades/recursos. En este panorama, la acción social, a través de la actuación de los servicios sociales, ha intentado “no solo paliar las necesidades más urgentes de los ciudadanos, sino prevenir y tratar los mismos con la intención de corregir los posibles desequilibrios o desigualdades sociales que los puedan provocar en un futuro” (LÓPEZ, 2014, p. 60). La atención integral y el desarrollo de la persona⁹ van más allá, por lo tanto, de la pura asistencia, buscando la autodeterminación del individuo, como estrategia clara para conseguir el bienestar social y familiar en la atención centrada en la persona en la que se basa la atención social.

8. VILA (2009, p. 31) pone de manifiesto que “persiste la confusión en torno al principio de universalidad y la necesidad de concretar medidas operativas que garanticen el derecho constitucional de igualdad”. En este sentido, la Ley 12/2008, de 5 de diciembre, de Servicios Sociales del País Vasco, art. 14, destaca el “carácter universal” de las prestaciones para aquellos ciudadanos que, cumpliendo con los requisitos establecidos, puedan tener derecho. Ahora bien, para ANAUT (2019, p. 132), “el marco normativo ha entendido el principio de universalidad sin terminar de reconocer los derechos subjetivos, prácticamente hasta la aprobación de la LAPAD en 2006”. Aunque, en opinión de LÓPEZ (2006, p. 17), “en todos los modelos de Estado del Bienestar puede observarse cómo la íntima conexión entre democracia y universalidad de los derechos legitima el papel de las instituciones públicas e impulsa una reclamación de servicios por parte de colectivos que se encuentran excluidos del Sistema de Bienestar”.

9. En opinión de RODRÍGUEZ (2013, p. 74), “la atención integral centrada en la persona es la que promueve las condiciones necesarias para la consecución de mejoras en todos los ámbitos de la calidad de vida y bienestar de la persona, partiendo del respeto pleno a su dignidad y derechos, de sus intereses y preferencias y contando con su participación efectiva”.

El modelo catalán de servicios sociales tiene por objeto atender a las necesidades que genera la realidad social dinámica y diversa del territorio, priorizando los colectivos más vulnerables. La respuesta tiene que incorporar el criterio de eficiencia, y pretende mejorar la calidad de vida de las ciudadanas y los ciudadanos, y conseguir mayores cuotas de bienestar. Un modelo que, a la vez que persigue ser un modelo de cohesión social y territorial, abre el debate sobre nuevos derechos subjetivos y sobre la necesidad de redefinir los servicios sociales y sus funciones.

Sin duda, en el momento actual los derechos sociales y los servicios que los atienden desempeñan cada vez más un rol trascendente. COCCIOLO (2015, p. 14-15) pone de manifiesto que, “mientras que los derechos fundamentales del constitucionalismo estatal surgieron para proteger al individuo del poder político, los ‘derechos fundamentales sociales’, en la era de la globalización policéntrica, deben proteger la sociedad de los excesos de la economía, de la ciencia, de la tecnología, de la religión, etc.”.

2

El marco constitucional y estatutario

La promulgación de la Constitución española de 1978 (CE)¹⁰ y del Estatuto catalán de 1979 (EC)¹¹ es el punto de partida para el despliegue del sistema integrado de servicios sociales de Cataluña¹², aunque para PELEGRÍ (2007, p. 146) “forman un régimen público de protección social de insuficiente reconocimiento jurídico-constitucional”.

El art. 148.20 a) CE descentralizó completamente las competencias en materia de asistencia social en Cataluña cuando estableció que el EC las asumiera exclusivamente (art. 9.25 EC), al igual que en la mayoría de comunidades autónomas (CC. AA.)¹³. Para SÁENZ (2009, pp. 39 y ss.) probablemente

10. Constitución española, de 27 de diciembre de 1978.

11. Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía de Cataluña.

12. La CE presta especial atención a determinados colectivos en cuanto a su protección: la familia, la infancia, las personas discapacitadas y la gente mayor (arts. 39.1, 39.4, 49 y 50 CE), y el EC se refiere únicamente a la juventud, la mujer y los menores (arts. 5.26, 27 y 28 EC). Así, de manera incipiente se señalan algunos de los colectivos a los que dedicará su atención el sistema de servicios sociales; aunque en la actualidad su ámbito de acción va mucho más allá, ampliando a la ciudadanía en su totalidad, a través del acceso universal y de la atención integral a la persona, como veremos.

13. VILÀ (2011, p. 167), en relación con las novedades que aportan los estatutos de autonomía reformados, entre los que se encuentra el EC, asegura que, “en el caso de los servicios sociales, veremos que se refieren [los estatutos reformados] al concepto y al derecho de acceso,

esto se explica porque en aquel momento se consideraba como un aspecto de carácter marginal y excepcional, a diferencia del papel fundamental que ocupa en nuestra sociedad en las últimas décadas.

Una vez asumidas las competencias en la materia, las diecisiete CC. AA. aprobarán sus correspondientes leyes sectoriales¹⁴ y, con ello, se pondrán las bases del futuro Sistema Catalán de Servicios Sociales (SCSS), de responsabilidad pública. En opinión de PELEGRÍ (2007, p. 134), “a partir de la aprobación de las leyes de servicios sociales de las CC. AA., entendemos que lo que se constituye es más un régimen público de Servicios Sociales que un ‘sistema’, puesto que carece de la necesaria interinfluencia entre sus elementos. Pero sí es muy acertado subrayar que una característica destacada del modelo es la participación, que, bajo la responsabilidad de cada comunidad autónoma, aportan las otras Administraciones –el Estado y las corporaciones locales–, a las que además se puede sumar la iniciativa privada para contribuir a la provisión de los servicios sociales que precisa la sociedad”.

A pesar de seguir utilizando el término asistencia social, cada vez más la legislación y, con ella, la doctrina, se centran en los servicios sociales y su despliegue multiplicador, con el fin de que se puedan lograr mayores cuotas de bienestar¹⁵. FANTOVA (2007, p. 11) asegura que “los servicios sociales se alejan, con más claridad, de poder ser entendidos como asistencia social, concepto con innegables connotaciones de intervención residual (y con contenidos materiales que rebasaban el ámbito de los servicios sociales para entrar en otras ramas de la acción pro bienestar)”.

La aprobación de este marco constitucional y estatutario supondrá un antes y un después en la construcción del Estado del bienestar moderno, mediante la superación de la vetusta concepción de la beneficencia y el despliegue de los derechos sociales, ya recogidos con anterioridad en la normativa internacional. En este sentido, AGUADO (2012, p. 47) se refiere al Estado autonómico como el Estado social y de despliegue de los derechos sociales “en

y también enfatizan la competencia exclusiva autonómica sobre esta materia y concretan el alcance. Por otro lado, regulan otros aspectos como el ordenamiento territorial o las competencias locales, que tienen que ser tenidas en cuenta en la legislación de servicios sociales”.

14. ALEMÁN (1993, p. 200) afirma que “las 17 leyes de Servicios Sociales tienen por objeto implantar en las comunidades autónomas un sistema público de Servicios Sociales que ponga a disposición de las personas y grupos en que se integran, recursos, acciones, prestaciones para el logro de su pleno desarrollo. Así como la prevención, tratamiento y eliminación de las causas que conducen a la marginación”.

15. Así lo señala AGUILAR (2014, p. 19) cuando recuerda que “lo que llamamos servicios sociales son un híbrido, un campo en proceso de transformación desde el antiguo nivel de la beneficencia o la asistencia social hacia un nuevo sector o pilar del Estado de bienestar”.

ámbitos como los servicios sociales, la educación y la sanidad, en los que ha asumido competencias de acuerdo con lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad”.

Con el Estatuto de 2006¹⁶, Cataluña pretende adaptar su autogobierno al contexto del siglo XXI, y responder a las nuevas realidades y necesidades sociales en todos los ámbitos, también en el de los servicios sociales; atribuyendo la condición de ciudadano titular de derechos a todas las personas con vecindad administrativa o que se encuentren en cualquiera de los municipios catalanes (art. 7 EC)¹⁷. PELEGRÍ (2010, p. 211) defiende que el nuevo EC coincide con una etapa garantista de la historia de los servicios sociales en Cataluña (2004-2007), pues reconoce los servicios sociales con mucha más profundidad que el anterior. Y en relación con la concepción de la acción social pública, señala que el término “servicios sociales” sustituye al antiguo de asistencia social, y se le señalan las atribuciones de una forma más valiente y moderna.

Entre los derechos de los ciudadanos¹⁸, el EC establece y desarrolla como objetos de protección a las familias¹⁹, los menores²⁰, las personas mayores²¹, las mujeres²² o la vivienda²³, entre otros, mediante lo que se ha venido a denominar “servicios de atención a las personas”.

En el EC, entre los principios rectores que orientarán las políticas de los poderes públicos catalanes y serán exigibles judicialmente, destacamos: la

16. Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

17. En particular, VILÀ (2011, p. 168) afirma que el EC “señala como titulares de los derechos en general –incluidos los servicios sociales– a las ‘personas’, es decir, todos los seres humanos con independencia de su nacionalidad y situación administrativa, lo que consideramos que impide restringirlo a las leyes sectoriales”.

18. En este sentido, es muy explícito el contenido del art. 15 EC: “Todas las personas tienen derecho a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, de malos tratos y de todo tipo de discriminación, y tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal”.

19. El art. 16 EC explicita el derecho a prestaciones sociales y ayudas públicas para atender las cargas familiares.

20. El art. 17 EC dispone que los menores tienen derecho a recibir la atención integral necesaria para el desarrollo de su personalidad y su bienestar en el contexto familiar y social.

21. El art. 18 EC establece que las personas mayores tienen derecho a vivir con dignidad, libres de explotación, sin que puedan ser discriminadas a causa de la edad.

22. El art. 19 EC recoge los derechos de las mujeres al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal, a vivir con dignidad, seguridad y autonomía, libres de explotación, maltratos y cualquier tipo de discriminación.

23. El art. 26 EC consagra que las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna.

protección de las personas y de las familias²⁴, la perspectiva de género²⁵, la vivienda²⁶, y la cohesión y el bienestar sociales²⁷.

El título IV del EC establece las competencias exclusivas que ostenta la Generalitat de Catalunya, entre las cuales el art. 166 se refiere a los servicios sociales, el voluntariado, los menores y la promoción de la familia. En particular, el art. 166.1 regula la propia actividad de los servicios sociales y las prestaciones técnicas y económicas; asimismo, los tipos de proveedores públicos y privados de servicios sociales o los planes y programas para erradicar la pobreza²⁸. Son también competencia exclusiva de la Generalitat el voluntariado y la acción solidaria y su regulación y control (art. 166.2 EC); la protección de los menores (art. 166.3 EC); así como la promoción de las familias y de la infancia (art. 166.4 EC).

Y, en el ámbito de la organización territorial, como se verá posteriormente, el art. 84.2 m) EC prevé que los Gobiernos locales de Cataluña ostentarán en todo caso competencias propias en “la regulación y la prestación de los servicios de atención a las personas, de los servicios sociales públicos de asistencia primaria y fomento de las políticas de acogida de los inmigrantes”.

24. El art. 40 EC establece como objetivos a destacar: mejorar la calidad de vida de las personas, y garantizar especialmente la protección social de la diversidad de familias y la cohesión social como unidad de convivencia básica. Se persigue también la conciliación de la vida laboral y familiar, y la protección de los niños, especialmente contra la violencia y la pobreza. En relación con colectivos especialmente vulnerables, como las personas discapacitadas, se promueve su integración social y laboral. Se defiende la protección de las personas mayores, su integración social y las relaciones intergeneracionales.

25. El art. 41 EC garantiza la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas públicas, y el reconocimiento del valor económico del trabajo de cuidado y atención en el ámbito doméstico y familiar.

26. El art. 47 EC establece como principio rector el facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados.

27. Este principio se refiere explícitamente a la promoción de políticas públicas que fomentan la cohesión social y que garantizan un sistema de servicios sociales de titularidad pública, concertada y adecuada a los indicadores económicos y sociales; en un sistema que tiene que garantizar la calidad y la gratuidad de los servicios sociales básicos, así como la plena integración de las personas en riesgo de pobreza o exclusión, la protección de las personas especialmente vulnerables, el establecimiento de un régimen de acogida de las personas inmigradas, y la efectividad de sus derechos en plan de igualdad (art. 42 EC).

28. El art. 166.1 dispone que corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye: a) La regulación y la ordenación de la actividad de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de previsión pública. b) La regulación y la ordenación de las entidades, los servicios y los establecimientos públicos y privados que prestan servicios sociales en Cataluña. c) La regulación y la aprobación de los planes y los programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de pobreza o de necesidad social. d) La intervención y el control de los sistemas de protección social complementaria privados.

3

El derecho de acceso a los servicios públicos

El EC consagra el derecho de todas las personas “a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de la red de servicios sociales de responsabilidad pública”, previo consentimiento expreso de las mismas para cualquier actuación, haciéndolas así sujetos activos de las intervenciones sociales (art. 24.1 EC).

Las personas con necesidades especiales son consideradas sujetos de derecho dentro de los servicios sociales, y las víctimas de pobreza como beneficiarias de la “renta garantizada de ciudadanía” (arts. 24.2 y 3 EC). Estos dos apartados, según TORNOS (2008, p. 96), “reconocen un derecho genérico a recibir prestaciones sociales a las personas con necesidades especiales para mantener la autonomía personal en la vida diaria o a las que se entiende en situación de pobreza. Pero tampoco determinan qué prestaciones concretas, remitiendo su concreción a lo que establezca la ley”²⁹. En todo caso, el EC impone un mandato al legislador de cómo articular las prestaciones, en base al principio de igualdad, en el ya citado art. 24.1 EC.

Por el contrario, LÓPEZ (2012, p. 33) defiende la tesis contraria, posición con la que plenamente nos identificamos. No solo cree que los nuevos estatutos en todo el Estado español reflejan los derechos sociales de manera clara y evidente, sino que apunta que los nuevos estatutos –entre los cuales, el catalán– determinan una muchedumbre de derechos subjetivos, y “con especial precisión dos garantías fundamentales: la exigibilidad de los derechos subjetivos estatutarios frente a los poderes públicos y su justiciabilidad ante los tribunales en caso de incumplimiento”. Con mayor rotundidad se pronuncia CASTRO (2018, pp. 452 y ss.), al afirmar que el nuevo EC sí que reconoce un auténtico derecho subjetivo de los ciudadanos a estos servicios, garantizado con un catálogo específico de prestaciones y servicios. En cualquier caso, sin duda, supone un avance cuantitativo y cualitativo muy importante en nuestro Estado social y democrático de derecho. Ahora bien, para SUBIRATS (2007, p. 130), “de ser entendido el bienestar como una seguridad en el mantenimiento de los derechos sociales para toda la población (universalismo-homogeneidad-redistribución), va siendo cada vez más visto como una nueva forma de entender las relaciones sociales de manera integradora y solidaria (especificidad-reconocimiento-participación)”. En cualquier caso, “los derechos sociales, derechos humanos de segunda generación, se materializan

29. TORNOS (2008, p. 97) concluye que “el Estatuto de Autonomía no crea derechos públicos subjetivos en materia de servicios sociales. (...) Lo que sí queda garantizado es que debe existir un sistema público de servicios sociales, cuya gestión podrá ser concertada. Lo que no es posible es renunciar a la responsabilidad pública en la garantía de unas mínimas prestaciones”.

solo si se implementan los recursos y servicios sociales que cada sociedad necesita en un momento determinado” (URIBE 2019, p. 88).

4

El marco jurídico competencial local

La CE, en el art. 141, establece la división territorial del Estado basada en municipios, cuyo gobierno y administración corresponden al ayuntamiento, y en provincias, cuyo gobierno y administración corresponden a la diputación, si bien deja abierta la posibilidad de que las CC. AA. de régimen especial creen otras entidades de carácter supramunicipal, como es el caso de Cataluña: primero con las comarcas en el EC de 1979³⁰, y posteriormente con las veguerías en el EC de 2006³¹.

Así, el modelo territorial catalán se estructura en tres niveles de Gobierno local³²: municipio, veguería y provincia³³, además de la comarca, para la prestación de servicios. La consideración de los municipios y de los otros entes locales territoriales como verdaderas instituciones de “gobierno”, y no solo como entidades de “administración”, comporta indudables consecuencias en el ámbito competencial, que se verán reflejadas en el tema que nos ocupa. En este sentido, los arts. 147 CE y 84 EC establecen que el ordenamiento jurídico tiene que garantizar un ámbito competencial propio necesario para que los municipios puedan velar por los intereses locales que tienen confiados.

El marco jurídico institucional del régimen local se articula a través de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), que incorpora los principios constitucionales y, muy especialmente, el de autonomía municipal y de suficiencia financiera, y establece el régimen

30. El EC de 1979, en el art. 5.1, institucionalizó la comarca como ente local básico de base territorial.

31. El EC de 2006 ordena la planta territorial alrededor de dos entes territoriales locales básicos: municipios y veguerías (arts. 2.3 y 83.1 EC); asimismo, contempla también las comarcas, como ente supramunicipal para la gestión de servicios municipales (art. 83.2 EC), y la posible creación de otras entidades locales supramunicipales, como las áreas metropolitanas (art. 83.3 EC).

32. Art. 2.3 EC de 2006: “Los municipios, las veguerías, las comarcas y los demás entes locales que las leyes determinen, también integran el sistema institucional de la Generalitat, como entes en los que esta se organiza territorialmente, sin perjuicio de su autonomía”.

33. Ninguna mención expresa realiza el vigente EC a la provincia, como ámbito territorial de una administración supramunicipal, salvo la previsión del art. 91.4 de que “la alteración, en su caso, de los límites provinciales se llevará a cabo conforme a lo previsto en el artículo 141.1 de la Constitución”. A diferencia de lo que acontecía en el EAC de 1979, que contemplaba de manera forzada la provincia como ente local en el art. 5.4.

competencial de los diferentes entes locales. Ahora bien, la LRBRL, más que disponer las bases comunes para el desarrollo autonómico, agota prácticamente la materia local y no deja margen a la potestad legislativa del Parlamento catalán, que a pesar de ello aprobó la Ley 8/1987, de 15 de abril, que daría lugar al vigente Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLMRLC)³⁴.

De acuerdo con este corpus legislativo, la atribución de competencias a los municipios se realiza mediante tres mecanismos diferentes:

- a) La cláusula general de atribución, según la cual los municipios podrán promover todas las actividades y prestar los servicios públicos que comporten el bienestar y la satisfacción de las aspiraciones y de las necesidades de las vecinas y los vecinos (arts. 25.1 LRBRL y 66.1 TRLMRLC).
- b) Los ámbitos materiales, generales o sectoriales, en los cuales la legislación estatal o catalana tienen que hacer efectivas atribuciones competenciales concretas (arts. 25.2 LRBRL³⁵ y 66.2³⁶ y 3³⁷ TRLMRLC)³⁸.

34. La Ley 7/1987, después de varias modificaciones, ha dado lugar al vigente Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña.

35. Así, las competencias propias atribuidas a los municipios antes de la reforma de la LRSAL por el art. 25.2 LRBRL: a) Seguridad en lugares públicos. b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas. c) Protección civil, prevención y extinción de incendios. d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística; promoción y gestión de viviendas; parques y jardines, pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales. e) Patrimonio histórico-artístico. f) Protección del medio ambiente. g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores. h) Protección de la salubridad pública. i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud. j) Cementerios y servicios funerarios. k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social. l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales. ll) Transporte público de viajeros. m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo. n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria.

36. Además, en Cataluña los entes locales, incluidos los municipios, tienen atribuidas expresamente competencias en los ámbitos de la participación ciudadana, de la autoorganización, de la identidad y la representación locales, de la sostenibilidad ambiental y la gestión territorial, de la cohesión social, de las infraestructuras de movilidad, de la conectividad, de la tecnología de la información y de la comunicación, de los abastecimientos energéticos y de la gestión de recursos económicos.

37. Las competencias propias municipales atribuidas por el art. 66.3 TRLMRLC vigente son las mismas que preveía el art. 25.2 LRBRL en su redacción original, antes citado.

38. Para ARIAS (2016, p. 76), “corresponde al legislador sectorial respetar el núcleo mínimo de intervención municipal para lo que ha de tener en cuenta los intereses locales y supra-locales presentes”.

- c) Los servicios mínimos de prestación obligatoria por parte de los municipios en función del número de habitantes, ya sea de forma independiente o asociados (arts. 26.1 LRBRL y 67 TRLMRLC).

Asimismo, los arts. 27 y 28 LRBRL³⁹ y 70 y 71 TRLMRLC facultaban a los municipios para ejercer competencias delegadas por el Estado o la Generalitat de Catalunya, y competencias complementarias de las actuaciones de estas mismas Administraciones.

4.1

La reforma del régimen competencial local

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)⁴⁰, modificó profundamente la LRBRL⁴¹, y con ello el régimen jurídico local español y catalán⁴², en particular, de los municipios⁴³. La LRSAL contiene un nuevo sistema de reparto competencial mediante la redefinición y la reclasificación de las competencias municipales; fundamentalmente, y sobre todo, determina que las entidades locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias o atribuidas por delegación cuando no haya duplicidad de ejercicio por dos o más Administraciones, y cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera municipal (art. 7.4 LRBRL), lo cual supone, para Boix (2014, p. 118), una importante restricción de la autonomía local, y la imposibilidad de que los municipios ejerzan competencias o presten servicios más allá de los expresamente previstos en la modificación realizada por la LRSAL.

En este sentido, se limita ampliamente la cláusula general de capacitación municipal (art. 25.1 LRBRL), según VELASCO (2011, pp. 25), y se reduce la relación de materias que en todo caso el legislador tiene que reconocer a los munici-

39. Si bien el art. 28 LRBRL (y, por tanto, la posibilidad de ejercer competencias complementarias) ha sido derogado posteriormente por la LRSAL.

40. *Vid., in totum*, FUENTES (2015, pp. 55-88).

41. La LRSAL tenía como objetivo reformar la estructura institucional y organizativa local, incidir en diferentes aspectos de la gestión y del personal del Gobierno y de la Administración de los entes locales; pero, sobre todo, modifica los ámbitos materiales de las competencias locales y comporta una recentralización competencial por parte del Estado, en detrimento de las CC. AA., restando poder y capacidad de acción a los entes locales (FUENTES, 2015, p. 84).

42. *Vid.* FORCADELL, PIFARRÉ y SABATÉ (2014).

43. Ahora bien, como señala RIVERO (2015, p. 6), “la reforma competencial no afecta de igual forma a los grandes ayuntamientos y a los medianos y pequeños. A los primeros intenta apartarlos de algunos ámbitos de acción tradicionales, pero a los de menos de 20 000 habitantes, que son la inmensa mayoría, simplemente parece pretender sustraerles sus servicios básicos para encomendárselos a las diputaciones, convertidas en responsables de su prestación en condiciones eficientes”.

prios como competencias propias (art. 25.2 LRBRL)⁴⁴. Así, algunas se suprimen y otras se aminoran; pero, para Montoya (2015, p. 13), “la verdadera operación reductora disponiendo sobre competencias que no son de titularidad estatal tiene lugar a través de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LRSAL”.

El art. 25.2 k) LRBRL disponía que los municipios debían ostentar competencias propias en la “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”. Y en cambio, después de la reforma, la actual letra e) les atribuye la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social”, lo cual supone una notable reducción de la autonomía local en el ámbito de los servicios sociales (ARIAS, 2015, p. 218; 2016, p. 89)⁴⁵.

La LRSAL, mediante la modificación del art. 26.1 c) LRBRL, elimina o reduce el alcance de algunos de los llamados “servicios mínimos obligatorios” para los municipios, que, en el caso de los de población superior a 20 000 habitantes, pasan de la obligación de prestación de servicios sociales a tan solo la “evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social” (VELASCO, 2014, pp. 11-12), ya sea directamente o a través de fórmulas de gestión compartida por medio de consorcios, mancomunidades u otros⁴⁶.

44. El nuevo elenco competencial del art. 25.2 LRBRL contiene: a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación. b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas. c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales. d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad. e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social. f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios. g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano. h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local. i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante. j) Protección de la salubridad pública. k) Cementerios y actividades funerarias. l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre. m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales. n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial. ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones. o) Actuaciones en la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres, así como contra la violencia de género.

45. Vid., *in totum*, ARIAS (2014, pp. 373-410).

46. A pesar de ello, como sucede en el caso catalán mediante las comarcas, como se verá, MONTESINOS (2016, p. 27), refiriéndose a la Economía Social (ES), afirma que “la falta de capacidad de los municipios de menor dimensión no debe conducir necesariamente a la centralización en las diputaciones de la prestación de muchos servicios que quizás puedan ubicarse

Como se apuntaba, es la disposición transitoria segunda LRSAL, con el carácter de norma básica, la que persigue arrebatarse a los municipios las competencias propias en materia de servicios sociales atribuidas por el Parlamento de Cataluña, y trasladarlas a la Administración de la Generalitat, puesto que los servicios sociales son el objetivo prioritario de reducción del gasto que persigue la reforma (ARENILLA, 2014, p. 18)⁴⁷.

El nuevo art. 27.3 c) LRBRL dispone que el Estado y las CC. AA. puedan delegar otras competencias a los municipios, entre las que destacamos la prestación de servicios sociales, los servicios y acciones para erradicar la violencia de género, y la promoción de actuaciones para la igualdad real entre mujeres y hombres. Lo que permitiría que todos los municipios de población superior a 20 000 habitantes pudieran prestar, como mínimo, los servicios sociales básicos (SSB).

La reducción de competencias municipales en materia de servicios sociales que lleva a cabo la disposición transitoria segunda de la LRSAL⁴⁸, es mucho más que discutible desde la perspectiva de la distribución de competencias constitucional (ARIAS, 2014, p. 407), puesto que el Estado no tiene reconocidas competencias en la materia por parte de la CE, sino que se atribuyen en exclusiva a las CC. AA. (art. 148.20 a) CE), tal como se ha expuesto.

En cualquier caso, esta visión restrictiva de la actuación municipal ve su fin con la interpretación de la LRSAL por el Tribunal Constitucional (TC)⁴⁹, que entre otros aspectos esclareció definitivamente el alcance de las competencias locales⁵⁰. Así, para RODRÍGUEZ-CHAVES (2018, p. 345), “‘lo local’ deja

de forma más óptima en niveles territoriales intermedios a través de fórmulas asociativas o consorciadas que la última reforma local, desde luego, no excluye, y que resultarían más propicias para fortalecer la colaboración entre la ES y la Administración local”.

47. Para ARENILLA (2014, p. 18), “las exigencias derivadas de tales principios acaban traduciendo en la proclamación por la LRSAL de la necesidad de reducir el gasto derivado de las denominadas competencias impropias y de las duplicidades administrativas en la prestación de algunos servicios que, según el preámbulo de la norma, ocasionaba el anterior marco competencial de las Administraciones locales, principalmente, los servicios sociales”.

48. Vid. MARTÍNEZ-ALONSO (2013).

49. Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) núms. 41/2016, de 3 de marzo –ponente: Andrés Ollero Tassara–; 111/2016, de 9 de junio –ponente: Antonio Narváez Rodríguez–; 168/2016, de 6 de octubre –ponente: Juan Antonio Xiol Ríos–; 180/2016, de 20 de octubre –ponente: Juan José González Rivas–; 44/2017, de 27 de abril –ponente: Fernando Valdés Dal-Ré–; 45/2017, de 27 de abril –ponente: Andrés Ollero Tassara–; 54/2017, de 11 de mayo –ponente: Santiago Martínez-Varas García–; 93/2017, de 6 de julio –ponente: Encarnación Roca Trias–; y 101/2017, de 20 de julio –ponente: Alfredo Montoya Melgar–, que resolvieron sendos recursos de inconstitucionalidad, y la STC 107/2017, de 21 de septiembre –ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón–, que resolvió el conflicto en defensa de la autonomía local interpuesto por 2393 municipios.

50. En concreto, la STC 41/2016, de 3 de marzo, que no deja lugar a dudas cuando excluye la interpretación de que los municipios solo pueden obtener competencias propias en las materias enumeradas en el art. 25.2 LRBRL (Fundamento Jurídico [FJ] núm. 10.c)). Vid. MONTESINOS (2016, p. 11).

de ser una materia sujeta a disputa competencial entre el Estado y las comunidades autónomas”.

Esta jurisprudencia demuestra que la reforma local operada por la LRSAL ha quedado frustrada en sus objetivos principales, tal y como afirma FUENTES (2018, pp. 88), sobre todo en aquello que hace referencia a la reordenación competencial, que, desde la perspectiva del TC, no puede comportar un efecto reduccionista⁵¹. Así pues, la supresión o reducción de materias del art. 25.2 LRBRL no comporta ninguna relevancia competencial en Cataluña, dado que los municipios pueden continuar siendo titulares de competencias propias atribuidas por la legislación sectorial estatal o autonómica (VELASCO, 2011, pp. 25-26)⁵².

Este es el caso de los municipios catalanes que mantienen las competencias propias sobre “la prestación de los servicios sociales y la promoción y la reinserción sociales”, en virtud del art. 66.3 k) TRLMRLC, y los entes locales mantienen competencias en el ámbito de la cohesión social (art. 66.2 TRLMRLC). Y, asimismo, se mantiene como servicio mínimo obligatorio para los municipios de más de 20 000 habitantes la “prestación de servicios sociales”, de acuerdo con el art. 67 c) TRLMRLC.

En definitiva, vista la indisolubilidad entre servicios sociales y entes, el mapa competencial, según FUENTES (2015, p. 85), no tendría que estar determinado por quien ejerce una competencia efectivamente, sino por quien la puede ejercer mejor, con un mayor nivel de calidad y satisfacción para las ciudadanas y los ciudadanos, en este caso de Cataluña, puesto que “hay que trasladar el centro de gravedad del sistema competencial desde la Administración al ciudadano, que es el destinatario”; pero en ningún caso esta ha sido la opción escogida por el legislador con la LRSAL.

5

El sistema catalán de servicios sociales

Veníamos de un sistema de protección donde los poderes públicos habían desarrollado insuficientes recursos, y con poca capacidad para organizar una

51. Así, para FUENTES (2018, p. 88), “el listado de materias sobre las que los municipios disponen de competencias propias, contenido en el art. 25.2 de la LRBRL, se interpreta como *numerus apertus*, por lo que existe posibilidad de atribución a los municipios por parte del legislador sectorial de otras competencias propias, más allá de las recogidas en este precepto”.

52. En el mismo sentido, ARIAS (2016, p. 89) afirma que “el Estado habrá reducido la garantía mínima de autonomía municipal común para toda España pero, obviamente, no habrá impedido que cada comunidad autónoma mantenga, e incluso refuerce, las competencias sobre salud o servicios sociales de sus municipios. Estas competencias municipales, en cambio, sí son suprimidas”.

estructura de servicios sociales que facilitara la prevención de la marginación y la atención integral, así como el desarrollo de las personas. Más aún, un sistema que no se había dotado aún de la estructura de servicios sociales de acceso universal. Con la promulgación de la Ley 26/1985, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Cataluña, sin lugar a dudas, se ponen los cimientos del sistema de servicios sociales en Cataluña, que evolucionará con no pocas dificultades hasta el momento actual, tratando de dar una respuesta adecuada a las cada vez mayores necesidades sociales en cambio constante.

Con anterioridad a esta Ley, la acción social se prestaba desde una concepción más benéfica a través de fundaciones o entidades de voluntariado, y por supuesto también desde las Administraciones; pero las acciones estaban poco coordinadas. Esta será una ley ambiciosa que sentará las bases que configurarán un marco normativo completo sobre el bienestar social, y que intentará abordar las causas que impiden a los ciudadanos satisfacer sus necesidades.

La Ley supuso “el establecimiento de los fundamentos de la política global e integrada de servicios sociales” de Cataluña, y tiene por objeto “configurar la prestación de servicios sociales como un derecho del ciudadano”⁵³, superando así, como ya se ha apuntado, el vetusto concepto de beneficencia, tal y como reza en su preámbulo⁵⁴.

La distribución competencial alcanzaba al Gobierno de la Generalitat, al Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales (ICASS), a los entes supramunicipales, a los ayuntamientos y a la iniciativa privada⁵⁵.

53. El art. 1 precisa que “tiene por objeto ordenar, estructurar, promover y garantizar el derecho a un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública en el ámbito territorial de Cataluña con la finalidad de: a) garantizar y facilitar a todos los ciudadanos el acceso a aquellas prestaciones y aquellos servicios que tiendan a favorecer un desarrollo libre y pleno de la persona y de los colectivos en la sociedad, especialmente en caso de limitaciones y carencias; b) promover la prevención y la eliminación de las causas que conducen a la marginación; c) conseguir la integración de todos los ciudadanos en la sociedad y favorecer la solidaridad y la participación ciudadana, y d) ejercer una gestión administrativa coordinada de los servicios sociales”.

54. A pesar de que nuestro interés principal es el de aproximarnos específicamente al modelo de prestación de los servicios sociales en la actualidad, resulta de capital importancia detenerse brevemente para examinar algunos extremos de esta Ley. Así, según el art. 3, los servicios sociales se rigen por los principios generales de libertad, igualdad y solidaridad, y de entre los principios específicos, destacaremos los de responsabilidad pública, reconocimiento y promoción de la iniciativa social, globalidad, integración, descentralización y desconcentración, participación, prevención y planificación y coordinación. Las áreas de actuación, de acuerdo con el art. 5, son: la familia, la infancia y la adolescencia, la vejez, las personas con disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales, las personas con adicciones, la prevención de cualquier tipo de discriminación personal o social, la prevención y el tratamiento de la delincuencia, las situaciones de emergencia social y la lucha contra la marginación social.

55. Arts. 8 a 12.

Bajo los principios de universalidad, globalidad, descentralización y responsabilidad pública que marca la Ley de 1985, se aprueba la Ley 4/1994, de 20 de abril, del Sistema Catalán de Servicios Sociales, que, reconociendo el derecho de los ciudadanos a un sistema de servicios sociales de responsabilidad pública⁵⁶, permite crear el marco institucional y funcional para desarrollar el Sistema Catalán de Servicios Sociales (SCSS), completar la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública (RBSSRP)⁵⁷, y desconcentrar los servicios sociales de la Administración de la Generalitat, otorgando competencias a las comarcas y a los municipios⁵⁸.

El Decreto 27/2003, de 21 de enero, de la atención social primaria, constituye una normativa básica para la configuración del SCSS, puesto que determina la tipología de servicios sociales de atención primaria y los criterios de acceso.

La última norma destacable es la Ley 13/2006, de 27 de julio, de prestaciones sociales de carácter económico, que, a criterio de VILÀ y PELEGRÍ (2011, p. 187), “efectúa destacables aportaciones conceptuales: distingue las prestaciones de derecho subjetivo, las de concurrencia y las de urgencia, y define los conceptos de situación de necesidad y gastos esenciales y el Indicador de Renta de Suficiencia (IRS)”; con ello, supone “una parte fundamental y se integra en una estrategia global de fortalecimiento de los servicios sociales en nuestro país. Esta estrategia pretende consolidar un estado del bienestar fuerte y responder a las necesidades actuales de nuestros ciudadanos. Esta estrategia, construida a partir de normativa diversa y desarrollada a través de múltiples programas, servicios y acciones, quiere contribuir a alcanzar una sociedad más justa y cohesionada” (IGLESIAS, 2008, p. 58).

Este acervo normativo constituye los fundamentos de la construcción de un verdadero sistema de servicios sociales en Cataluña que, para ANAUT (2019, p. 118), requiere que “delimite aquello que atiende (objeto y sujeto) y aquello que no atiende (objeto de otros sistemas de protección social). Solo

56. El art. 6.2 garantiza el acceso a los servicios sociales como un derecho de los ciudadanos, tanto a los servicios sociales de atención primaria como a los especializados, si bien el acceso material tiene que ser mediante los primeros.

57. La RBSSRP podrá estar formada por todos aquellos servicios definidos como básicos y que en consecuencia estén financiados con fondos públicos con independencia de que su titularidad sea pública o privada. Tal y como explica GÓMEZ (2000, p. 71), “el concepto de responsabilidad pública, no hace solo referencia a la titularidad y la gestión de los servicios, sino también a su régimen de financiación”.

58. Esta Ley contenía la habilitación para aprobar el Decreto Legislativo 17/1994, de 16 de noviembre, por el que se aprueba la fusión de las leyes 12/1983, de 14 de julio, 26/1985, de 27 de diciembre, y 4/1994, de 20 de abril, en materia de asistencia y servicios sociales.

de esta manera se podrá garantizar el derecho a los servicios sociales de la ciudadanía, además de que sea un derecho subjetivo y universal”.

5.1

La consolidación del sistema

La Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales (LSS), en sustitución de la primigenia Ley 26/1985, “regula y ordena el sistema de servicios sociales con el fin de garantizar el acceso universal al mismo para hacer efectiva la justicia social y promover el bienestar del conjunto de la población” de Cataluña (art. 1.1 LSS)⁵⁹, y persigue el objetivo de convertir los servicios sociales “en el cuarto pilar del estado del bienestar, junto a los servicios y las prestaciones de salud, de educación y de la Seguridad Social” (RELATS, 2008, p. 59).

La gestión de las políticas de servicios sociales durante los períodos de gobierno tripartito en Cataluña (2003-2006 y 2006-2010) era muy difícil de aislar de las accidentadas legislaturas, las crisis de gobierno y las elecciones anticipadas (ADELATADO, 2007, p. 279); pero a pesar de ello, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley por unanimidad, después de una negociación política muy intensa y de un largo proceso de participación de los profesionales y de las entidades del Tercer Sector, que “no solo ha mejorado su legitimidad, sino que ha generado un texto más rico y un mayor compromiso entre los actores sociales y profesionales que deberán aplicarla” (BRUGUÉ, 2008, p. 79).

Para la nueva LSS, los servicios sociales, según indica el preámbulo, constituyen “uno de los sistemas de bienestar, conjuntamente con el de la seguridad social, el sistema de salud, el sistema de educación, las políticas para la ocupación y las políticas de vivienda”. Asimismo, se hace hincapié en la intervención social, siempre con el propósito de responder al conjunto de necesidades básicas de las ciudadanas y los ciudadanos. “El centro del sistema de servicios sociales es la persona, su promoción y la de sus capacidades, siempre desde el respecto a su dignidad. Será a partir del desarrollo de la LSS que se iniciará en Cataluña un periodo de cambio profundo y de consolidación del RBSSRP” (FORNS, 2018b, p. 27). Sin duda alguna,

59. A renglón seguido, el art. 1.2 LSS dispone lo siguiente: “En el marco de lo establecido por el apartado 1, también es objeto de la presente Ley conseguir que los servicios sociales se presten con los requisitos y estándares de calidad óptimos necesarios para garantizar la dignidad y la calidad de vida de las personas”.

influirá decisivamente en esta transformación la aprobación del nuevo EC, y muy especialmente la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a la dependencia (LAPAD), que, para ANAUT (2019, pp. 11 y 179), ha impulsado “un cambio en el reconocimiento de derechos y el modelo de intervención pasando de ser asistencial a ser garantista”, y “el reconocimiento y el ejercicio del derecho subjetivo a las prestaciones del sistema de servicios sociales”⁶⁰. Con el objeto de consolidar el modelo de servicios sociales de Cataluña, tal como se ha puesto de manifiesto, la LSS avanza en el reconocimiento de derechos, y entiende los servicios sociales como un derecho de los ciudadanos y defiende su universalización⁶¹, y la existencia del derecho subjetivo en el acceso a los servicios sociales, en la senda de la mayoría de Estados europeos⁶².

El SCSS es el más descentralizado de todos los que configuran los pilares del Estado del bienestar, y en él han tenido un papel determinante los entes locales: “lo cierto es que el ejercicio de esa actividad y su papel como agentes de bienestar ha contribuido notablemente a la consecución de las finalidades del Estado social, (...) junto con las de democrático y de derecho” (MARTÍNEZ-ALONSO, 2016, p. 202). Y tal y como afirma CASADO (2019, p. 12), la crisis económica, financiera, institucional y social producida desde 2008, a nivel catalán, español, europeo e internacional, ha tenido una profunda incidencia en el régimen jurídico de las Administraciones públicas y, por lo tanto, también de las locales. A pesar de ello, esta situación de penuria económica no habría tenido que provocar la adopción de medidas de redefinición del sistema competencial de los entes públicos solo fundamentadas en paradigmas economicistas (RODRÍGUEZ y FUENTES, 2015, p. 574)⁶³.

60. En este sentido, para AGUADO (2008, p. 15), el conjunto normativo de los servicios sociales en desarrollo ha estado pergeñando un verdadero *corpus iuris* que “forma parte del derecho administrativo, dado que estamos ante unos servicios públicos, que prestan las Administraciones públicas directa o indirectamente”, y por ello es crucial “el estudio de la posición jurídica del usuario”.

61. Según ADELANTADO (2007, p. 293), “la tradición socialdemócrata ha sido más partidaria de la prestación de servicios como modelo de actuación de la Administración pública. Al ser partidarios de regular el mercado para garantizar el acceso a bienes considerados básicos, la izquierda ha puesto énfasis en el desarrollo de derechos y su ejercicio mediante servicios. Se considera que el principio de universalización y la igualdad de oportunidades se garantizan mejor mediante servicios públicos que con un mercado subvencionado”.

62. Así, para RELATS (2008, p. 59), por ejemplo, “el acceso universal permite que todo el que lo necesite pueda solicitar plaza en una residencia de mayores o para discapacitados, un servicio de estimulación precoz para su hijo o cualquier otro servicio social que pueda necesitar para poder vivir con dignidad”.

63. RODRÍGUEZ y FUENTES (2015, p. 575) destacan cómo, “a pesar del contexto de crisis económica, no debería optarse por simplificar la Administración con el menor coste económico posible, sino que hay que generar desde el mundo local un nuevo proceso de cambio de la cultura administrativa”.

La LSS configura el SCSS con el propósito de hacer efectiva la universalidad de su acceso, sobre la base de garantizar a todos los ciudadanos derechos en materia de bienestar social⁶⁴. Y es que la LSS entiende los servicios sociales como un derecho de la ciudadanía y apuesta por su universalización (PURROY y MONTULL, 2011, p. 200), y, en consecuencia, establece las responsabilidades de las Administraciones públicas con obligación de prestar servicios sociales⁶⁵. La LSS configura el conjunto de recursos y equipamientos de los cuales se dota la RBSSRP; asimismo, determina que las entidades públicas, privadas o de iniciativa social o mercantil pueden ser las del sistema (art. 14.1 LSS).

En este modelo, los entes locales del Estado español se convierten en la unidad imprescindible desde donde desarrollar los SSB, respondiendo así a los principios de universalidad, proximidad y descentralización que marca la LSS en los principios rectores del sistema público de servicios sociales. En el caso de Cataluña, ha sido el Parlamento de Cataluña mediante, primero, la Ley 26/1985, y, después, la LSS, quien ha atribuido y regulado el ejercicio de las competencias municipales en materia de prestación de servicios sociales. De ahí que se pueda mantener que el Estado no ostenta capacidad para modificar o suprimir las competencias municipales sobre servicios sociales, como pretenderá la reforma del régimen local de 2013, mediante la disposición transitoria segunda mencionada. Y, a pesar de las dudas interpretativas de todo orden que había provocado esta modificación, zanjadas por el TC, en ningún caso podía sostenerse, según SALAVERRÍA (2015, p. 4), que “la LSS aprobada al amparo del ámbito competencial correspondiente que prevé el EAC (art. 166) que en fecha de la entrada en vigor de la LRSAL ya atribuía competencias, propias o delegadas, al ente local para la prestación de servicios públicos tiene que ser igualmente respetada y vincula a todos el poderes públicos y a los ciudadanos en los mismos términos que el resto del ordenamiento jurídico”.

En definitiva, “el modelo actualmente establecido en Cataluña es resultado de la superposición de realidades existentes, sin una opción clara por una planifi-

64. La presente Ley va más allá de la de 1985, que hacía referencia en su preámbulo a los servicios sociales como un derecho de los ciudadanos, pero no incorporaba el principio de universalidad.

65. La Ley, de gran consenso político, fue aprobada por unanimidad después del trámite parlamentario correspondiente, y se basó en un documento titulado “Bases para una nueva Ley de servicios sociales de Cataluña”, que, según VILÀ y PELEGRÍ (2011, p. 186), “propone una ley de marco amplia y flexible, con una definición clara del derecho (subjetivo y otros) a los servicios sociales y a sus prestaciones; así como la determinación de las garantías; la definición del contenido y alcance de la responsabilidad pública; un énfasis en los principios de igualdad, universalidad y descentralización; la estructuración del sistema, el impulso a la participación y otras formas de innovación democrática, y una financiación suficiente y sostenible”.

cación y gestión centralizada (en el ánimo de la LSS) o por la descentralización de competencias y responsabilidades consensuada y con posibilidad de financiación propia por parte de la Administración competente” (SIIS, 2017, p. 9)⁶⁶.

5.2

Las funciones ejecutivas

La distribución de las competencias o funciones ejecutivas entre los diferentes poderes públicos en Cataluña –Gobierno, departamento competente, comarcas, municipios– responde a uno de los principios rectores de la LSS, el principio de subsidiariedad, que comprende a su vez los principios de proximidad y de descentralización, que deben inserirse en el marco del art. 84.2 m) EC⁶⁷, que dota al municipio de competencias en materia de servicios sociales⁶⁸. Así, BAYONA (2008, p. 74) afirma que “no tiene que extrañar que una

66. En el seno de este trabajo, en virtud de la participación de Miguel Ángel MANZANO (Servicio de Acción Social, Gerencia de Servicios de Bienestar Social, Área de Atención a las Personas, Diputación de Barcelona), se mantiene que para terminar de explicar la arquitectura institucional de los servicios sociales de Cataluña y, más concretamente, de Barcelona, es necesario hacer referencia al papel que juega en este ámbito la Diputación de Barcelona. Esta es una situación exclusiva de la provincia de Barcelona que se explica por razones históricas, como heredera de la Mancomunitat de Catalunya (1910-1914); puesto que las provincias carecen de competencias en materia de servicios sociales.

67. El art. 28 LSS desarrolla las competencias del Gobierno de la Generalitat: legislar en materia de servicios sociales, aprobar los planes y programas generales, establecer las prioridades y definir la política general, y aprobar la Cartera de Servicios Sociales (CSS). El actual Departamento de Trabajo, Asuntos Sociales y Familias, de acuerdo con el art. 29 LSS, ostenta competencias para: adoptar las directrices y políticas del Gobierno y colaborar y cooperar con los municipios para su implementación, aplicar la CSS, crear y gestionar los centros, servicios, recursos, equipamientos, programas y proyectos de servicios sociales especializados, así como garantizar su calidad, ejercer la inspección y el control, gestionar las prestaciones de servicios sociales, definir los criterios para su financiación y para contratación y concertación de servicios, y buscar fórmulas de gestión conjunta de los servicios sociales de competencia municipal. De acuerdo con el art. 31.1 LSS, corresponden a los municipios las competencias siguientes: detectar las necesidades sociales del territorio, crear y gestionar los servicios sociales básicos propios o especializados delegados, elaborar planes de actuación, establecer los centros de los servicios sociales básicos y cumplir con sus funciones. Y los arts. 31.2 y 32 atribuyen con carácter supletorio a las comarcas las competencias municipales en servicios sociales, cuando los municipios tengan una población inferior a 20 000 habitantes.

68. Para FORNS (2018a, p. 38), “las Administraciones locales son las que soportan mayor carga en relación con las competencias en materia de servicios sociales, por el hecho de que tienen muchas directamente asignadas en tanto que responsables de los servicios sociales básicos, bien concretados en la Ley de servicios sociales de 2007. Pero también directamente asumen una parte importante de los servicios especializados a petición propia o delegados por la Generalitat de Catalunya. Ahora bien, las circunstancias económicas, sociales y de la organización territorial provocan que habitualmente aparezcan desigualdades territoriales en la respuesta desde el mundo local a las necesidades de los ciudadanos”.

parte importante de la Ley 12/2007 se dedique a determinar la distribución de competencias entre los diferentes niveles administrativos de Cataluña y lo haga, además, con una clara voluntad de dar protagonismo a las Administraciones locales”⁶⁹.

A pesar de ello, podemos observar una tendencia centralista, sobre todo por lo que respecta a las funciones fundamentales como: establecimiento de directrices, diseño de políticas, planificación, ordenación, coordinación o inspección; aunque algunas de ellas se ejerzan con la participación o la colaboración de los entes locales. Sin duda, se ha logrado un gran avance en la implantación del sistema de servicios sociales al que “han contribuido las entidades locales que, en lo ejecutivo, han asumido el liderazgo en materia de servicios sociales, sobre todo, como consecuencia de las demandas sociales de prestaciones de proximidad” (ANAUT, 2019, p. 156)⁷⁰.

5.3

La estructura de los servicios sociales

La estructura organizativa de los servicios sociales, conforme al modelo de atención a las personas, se organiza a través de la Red Básica de Servicios Sociales de Responsabilidad Pública (RBSSRP), que, de acuerdo con el art. 15.1 LSS⁷¹, estructura los servicios sociales en servicios sociales básicos (SSB), que serán competencia propia de los entes locales, y servicios sociales especializados (SSE), que serán competencia del Gobierno de la Generalitat, aunque puedan ser delegados a los entes locales⁷². Ahora bien,

69. En el mismo sentido, PONTONES, PÉREZ y GONZÁLEZ (2010, p. 27) afirman que, “mediante su proximidad a los problemas de los ciudadanos, el ámbito local es el medio natural para la prestación de estos servicios, lo que explica el papel protagonista que vienen teniendo los municipios en su gestión, especialmente en atención primaria. No obstante, los ayuntamientos de gran tamaño suelen encargarse también de la gestión de servicios sociales especializados”.

70. En todo caso, para VILÀ (2011, p. 249), “determinadas funciones, especialmente, las del nivel primario, denominado ahora ‘servicios sociales básicos’, están descentralizadas en las Administraciones locales (ayuntamientos de más de 20 000 habitantes, consejos comarcales y mancomunidades) que al tratarse de competencias propias se pueden ejercer con autonomía”.

71. El art. 15.1 LSS dispone que “el sistema público de servicios sociales se organiza en forma de red para trabajar en coordinación, en colaboración y con el diálogo entre todos los actores que intervienen en el proceso de atención a las personas, y se estructura en servicios sociales básicos y en servicios sociales especializados”.

72. En este sentido, puesto que no es objeto de este estudio, no vamos a entrar en la amplia disquisición doctrinal sobre la tipología de servicios sociales. Así, FANTOVA (2019, p. 441): “En el caso de los servicios sociales, la integración vertical, de la que se ha hablado antes, habría de darse entre la actual atención primaria, en gran medida de gestión pública municipal, y la actual

tanto los SSB⁷³ como los SSE⁷⁴ tienen unas funciones específicas; pero a su vez contienen en sí mismos otros tipos de servicios que se concretan en la Cartera de Servicios Sociales (CSS) y que configuran la RBSSRP.

De acuerdo con el art. 15.2 LSS, la RBSSRP está integrada por “el conjunto de los servicios y centros de servicios sociales de Cataluña que están

atención secundaria, en buena medida gestionada por la iniciativa social sobre la base de una segmentación y segregación de la población usuaria en los tradicionales colectivos vulnerables”.

73. El art. 17 establece las funciones de los SSB: “a) Detectar las situaciones de necesidad personal, familiar y comunitaria en su ámbito territorial. b) Ofrecer información, orientación y asesoramiento a las personas con relación a los derechos y recursos sociales y a las actuaciones sociales a que pueden tener acceso. c) Valorar y realizar los diagnósticos social, socioeducativo y sociolaboral de las situaciones de necesidad social a petición del usuario o usuaria, de su entorno familiar, convivencial o social o de otros servicios de la Red de Servicios Sociales de Atención Pública, de acuerdo con la legislación de protección de datos. d) Proponer y establecer el programa individual de atención a la dependencia y de promoción de la autonomía personal, excepto en aquellas situaciones en que la persona esté ingresada de modo permanente en un centro de la red pública. (...) e) Revisar el programa individual de atención a la dependencia y de promoción de la autonomía personal cuando corresponda. f) Realizar las actuaciones preventivas, el tratamiento social o socioeducativo y las intervenciones necesarias en situaciones de necesidad social y efectuar su evaluación. g) Intervenir en los núcleos familiares o convivenciales en situación de riesgo social, especialmente si hay menores. h) Impulsar proyectos comunitarios y programas transversales, especialmente los que buscan la integración y la participación sociales de las personas, las familias, las unidades de convivencia y los grupos en situación de riesgo. i) Prestar servicios de ayuda a domicilio, teleasistencia y apoyo a la unidad familiar o de convivencia, sin perjuicio de las funciones de los servicios sanitarios a domicilio. j) Prestar servicios de intervención socioeducativa no residencial para niños y adolescentes. k) Orientar el acceso a los servicios sociales especializados, especialmente los de atención diurna, tecnológica y residencial. l) Promover medidas de inserción social, laboral y educativa. m) Gestionar prestaciones de urgencia social. n) Aplicar protocolos de prevención y atención ante maltratos a personas de los colectivos más vulnerables. o) Gestionar la tramitación de las prestaciones económicas de ámbito municipal y comarcal y las demás que le sean atribuidas. p) Coordinarse con los servicios sociales especializados, con los equipos profesionales de los demás sistemas de bienestar social, con las entidades del mundo asociativo y con las que actúan en el ámbito de los servicios sociales. q) Informar a petición de jueces y fiscales sobre la situación personal y familiar de personas afectadas por causas judiciales”.

74. Las funciones de los SSE se determinan en el art. 19: “a) Dar apoyo técnico a los servicios sociales básicos y colaborar con los mismos, en las materias de su competencia. b) Valorar y diagnosticar las situaciones de necesidad social, y realizar otras valoraciones especializadas, que no pueden abordarse desde un servicio social básico, teniendo en cuenta los correspondientes informes de derivación. c) Ofrecer un tratamiento especializado a las personas en situación de necesidad que no puedan ser atendidas por los servicios sociales básicos correspondientes o intervenir con relación a estas personas. d) Realizar actuaciones preventivas de situación de riesgo y necesidad social correspondientes a su ámbito de competencia. e) Valorar y determinar el acceso a prestaciones económicas propias de este nivel de actuación, de acuerdo con el marco legal específico. f) Promover, establecer y aplicar medidas de inserción social, laboral, educativa y familiar. g) Realizar el seguimiento y evaluación de las medidas de protección y la elaboración y el control de los planes de mejora. h) Gestionar centros, equipamientos, programas, proyectos y prestaciones específicas. i) Coordinarse con los servicios sociales básicos, con los equipos profesionales de los demás sistemas de bienestar social, con las entidades asociativas y con las que actúan en el ámbito de los servicios sociales especializados”.

acreditados por la Generalitat para la gestión de las prestaciones incluidas en la presente Ley o en la Cartera de Servicios Sociales”, lo que constituye la novedad más destacable de la LSS, y, según su preámbulo, se configura como un “instrumento para asegurar el acceso a las prestaciones garantizadas del sistema de servicios sociales de la población que las necesite”. En este sentido, la LSS incluye, mediante un anexo, un catálogo de servicios que constituyó la guía para la elaboración por el Gobierno de la Generalitat de la primera CSS.

El art. 16.1 y 3 LSS define los SSB del siguiente modo: “Los servicios sociales básicos son el primer nivel del sistema público de servicios sociales y la garantía de más proximidad a los usuarios y a los ámbitos familiar y social”, y “deben dar respuestas en el ámbito propio de la convivencia y la relación de los destinatarios de los servicios”. Y el art. 16.2 LSS determina que los SSB se organizan territorialmente con carácter polivalente, comunitario y preventivo, y dispondrán de equipos multidisciplinarios que incorporen equipos básicos, servicios de ayuda a domicilio y de teleasistencia y servicios de intervención socioeducativa no residencial para niños y adolescentes. Así, “en primera instancia encontraríamos la atención primaria, comunitaria o básica, definida por su polivalencia, generalidad, referencia y responsabilidad local, así como por ser ‘la puerta de entrada’ a todo el sistema y por su capacidad para producir nuevas prestaciones” (ANAUT, 2019, p. 187)⁷⁵.

El art. 18.1, 2 y 3 LSS dispone que los SSE “se organizan atendiendo a la tipología de las necesidades, para dar respuesta a situaciones y necesidades que requieren una especialización técnica o la disposición de recursos determinados”, y “se organizan en forma de red sobre el territorio atendiendo al principio de descentralización, las características de los núcleos de población y la incidencia de las necesidades que atienden”, por medio de “centros, servicios, programas y recursos dirigidos a personas y colectivos que, en función de sus necesidades, requieren una atención específica”⁷⁶. Así, “en el segundo nivel se encontrarían unos servicios sociales especializados en determinados

75. En el mismo sentido, AGUADO (2008, p. 112) destaca de los SSB “que son de responsabilidad municipal, constituyen la puerta de entrada al sistema y, por tanto, permiten identificar las necesidades sociales de las personas, y en la medida de lo posible, permitir al usuario continuar dentro de su entorno vital”.

76. El nivel especializado se configura sobre la base de la inidoneidad del nivel básico. Así, el art. 18.4 LSS dispone lo siguiente: “Los servicios sociales especializados incluyen los equipos técnicos de valoración, que tienen como función principal valorar y diagnosticar las situaciones de necesidad social que no pueden abordarse desde un servicio social básico, teniendo en cuenta los correspondientes informes de derivación de los servicios sociales básicos, y que determinan el acceso a otras prestaciones del sistema”.

grupos de población o con ciertas problemáticas (sectoriales) bajo la responsabilidad de las Administraciones autonómicas” (ANAUT, 2019, p. 187).

Ahora bien, la RBSSRP, y en particular los SSB, han sufrido un retroceso como consecuencia de la crisis, intensificando las funciones puramente asistenciales y centradas en ofrecer prestaciones y tramitar ayudas.

5.4

La organización territorial

La implantación territorial del SCSS, como ya se ha apuntado, atiende a los principios de descentralización, desconcentración, proximidad, eficacia y eficiencia, y de equilibrio territorial. Los SSB, según el art. 34 LSS, se organizan en áreas básicas de servicios sociales (ABSS), que se constituyen a partir de una población de 20 000 habitantes y toman como base el municipio. Los municipios que superan esta población pueden tener más de un ABSS. Las comarcas serán las que gestionarán los servicios sociales en el caso de los municipios de menos población⁷⁷.

Si analizamos la aplicación real y efectiva que se hace en la actualidad de este conjunto de funciones, podemos asegurar que los SSB se han convertido en una expendedora de recursos y en los tramitadores de una gran diversidad de ayudas para atender situaciones de emergencia, y que no contribuyen al bienestar real de los ciudadanos, sino que básicamente ayudan a la supervivencia de una parte significativa de los usuarios de los SSB. En este sentido, RETAMA (2017, p. 75) afirma que “esto ha comportado que algunas funciones asignadas por la LSS a los SSB, aquellas que son propias y exclusivas de los trabajadores sociales y los educadores sociales, hayan quedado desatendidas”.

En cuanto a los SSE, el art. 35.3 y 4 LSS dispone que los municipios o las comarcas de más de 50 000 habitantes pueden constituir una demarcación territorial para su prestación, por delegación del departamento competente de la Generalitat, si así lo solicitan. En el resto de supuestos, la gestión de los SSE será realizada por la Administración de la Generalitat, sin perjuicio de la adopción de fórmulas de gestión conjunta con los entes locales. En cambio, la competencia en la gestión de prestaciones económicas correspondientes a

⁷⁷. La realidad de Cataluña es que de sus 947 municipios solo 64 tienen más de 20 000 habitantes, y estos, como ya hemos visto, tienen la obligación de prestar servicios sociales. Así pues, la dificultad se plantea a nivel organizativo con los 883 municipios restantes que no llegan a este número de habitantes.

los SSE corresponde a la Generalitat, y las prestaciones de urgencia social a los SSB, por lo tanto a los ayuntamientos y los consejos comarcales, que son los titulares⁷⁸.

A pesar de ello, las competencias en materia de SSE se puede afirmar que no tienen una concreción clara en la LSS. Se definen con mayor o menor claridad las propias del departamento de la Generalitat de Catalunya competente en materia de servicios sociales. Las competencias supramunicipales no se hallan suficientemente determinadas, más allá de la promoción y gestión de las prestaciones y los recursos propios de la atención social que garanticen la cobertura de las necesidades sociales de la población de su ámbito territorial. Y en cuanto a los municipios, se les reserva la promoción de la creación de los centros y de los servicios correspondientes al ámbito propio de los SSE, que tendrán que gestionar coordinadamente con la Administración de la Generalitat y los entes locales supramunicipales correspondientes.

En definitiva, podemos concluir que el régimen competencial es más claro en relación con los SSB y más difuso en cuanto a los SSE, donde dependerá de las eventualidades de las características territoriales, de las determinaciones presupuestarias y de la voluntad política más que de la determinación que hace la LSS. De todo ello puede derivar una desigualdad territorial en la prestación de los servicios sociales, sobre todo de los SSE, a pesar de que la LSS se refiere a la necesidad de velar por la equidad territorial.

Ciertamente, los SSB han sufrido gravemente el impacto de la crisis, donde las funciones se han centrado en la demanda de prestaciones, lo que según SANTÁS (2013, p. 31) “genera dinámicas que autolimitan su campo de acción a la población que ya es ‘habitual’, incapacitándose para emplearse a fondo ante necesidades emergentes, explorar nuevos ámbitos y difundir su enorme potencial entre la población general, disminuyendo el carácter universal de los propios servicios sociales”. Podemos concluir, por lo tanto, que la necesaria renuncia a una parte de las funciones que son propias de los SSB ha significado un retroceso en la acción social, y hemos perdido la oportunidad de trabajar por el bienestar social y por la mejora real de las

78. En palabras de VILÀ (2011, p. 250), “al tratarse del ámbito territorial de prestación de servicios sociales especializados parece corroborarlo cuando señala que cuando los municipios y las comarcas de más de 50 000 habitantes constituyen una demarcación territorial, pueden gestionar los servicios por delegación de la Generalitat si lo solicitan; en los demás casos, la gestión de los servicios corresponde a la Generalitat, que para satisfacerla puede recurrir a la gestión delegada, a la adopción de fórmulas de gestión conjunta (art. 35.3) o a la concertación de servicios con entidades privadas acreditadas”.

condiciones de vida de los ciudadanos, lo que ha supuesto en parte el regreso al asistencialismo.

6

Conclusiones

Nos hemos aproximado al sistema organizativo y competencial de los servicios sociales en Cataluña después de la profunda crisis social y económica, que parece reavivarse por momentos, para hacer tambalear de nuevo la vieja construcción jurídica y organizativa de un modelo de bienestar en continua adaptación, que mantiene un carácter marcadamente incrementalista que, como apunta LÓPEZ (2006, p. 16), tenderá, por tanto, “siempre al óptimo, y los servicios sociales deben ampliarse y extenderse más allá de la atención a ciudadanos en situación de penuria. Se trata de asegurar una vida digna y una participación plena en la vida de la comunidad; a través de un modelo de prestación territorial basado en la persona desde una perspectiva local”.

Los derechos sociales constituyen el marco jurídico de referencia de los servicios sociales en España y, por ende, en Cataluña, puesto que “se puede afirmar sin ambages que el derecho de acceso a los servicios sociales se ha convertido en un nuevo derecho social exigible por los ciudadanos, en justo cumplimiento de lo establecido por el orden internacional” (FORNS, 2019, p. 345). En definitiva, las condiciones sociales, políticas, jurídicas, técnicas, administrativas, organizacionales y económicas han acabado consolidando un nuevo derecho social, el derecho de acceso a los servicios sociales con carácter prestacional, exigible y universal, como base del SCSS, uno de los pilares del Estado social, junto con la salud o la educación, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de todas las personas⁷⁹.

Los derechos fundamentales sociales nacen para garantizar a la persona un nivel de bienestar digno y suficiente, manteniendo el necesario equilibrio entre prestación y protección para dar una respuesta adecuada a las necesidades del individuo en una sociedad globalizada y, a menudo, sobrepasada por la vorágine de los cambios políticos, organizativos, tecnológicos, sociales y, sobre todo, económicos de cada momento. Así, para LÓPEZ (2006, p. 15), “los servicios sociales garantizan la posibilidad

79. Para LÓPEZ (2006, p. 16), “el modelo de bienestar tenderá, por tanto, siempre al óptimo, y los servicios sociales deben ampliarse y extenderse más allá de la atención a ciudadanos en situación de penuria. Se trata de asegurar una vida digna y una participación plena en la vida de la comunidad”.

de disfrutar del nivel de vida considerado subjetiva y objetivamente como correspondiente a la noción de bienestar en un momento histórico determinado, ya que aseguran un trato igual para todos con independencia de su situación personal”.

Tanto la legislación en materia de servicios sociales de carácter general como la que se refiere a los diferentes ámbitos sectoriales de la acción pública social han permitido tejer el entramado de servicios y prestaciones que, a modo de red, salvaguarda las necesidades de las personas más vulnerables, y que se ha consolidado poco a poco de forma irreversible. De tal suerte que hemos asistido a una profunda transformación del SCSS en la que los entes locales juegan un rol fundamental, y que se nutre de una diversidad de operadores, públicos y privados; pero, sobre todo, del conjunto de entidades de economía social que conforman el tercer sector (FORNS, 2019, p. 15).

En este modelo, los entes locales son los encargados de atender desde la proximidad las necesidades de la población. Los principios de universalidad, de proximidad, de desconcentración y de subsidiariedad tocan de pleno a nuestros ayuntamientos y consejos comarcales, en cuanto que poderes públicos con competencias en el ámbito de los servicios sociales básicos, y a aquellos que superan los 50 000 habitantes también, con los servicios sociales especializados.

Las necesidades y, en consecuencia, las demandas se incrementaban de manera exponencial, pero no así las prestaciones, ya fuese en forma de servicios, de prestaciones económicas o tecnológicas, que habían crecido e innovado a través de la CSS, que en muchos casos no ha resultado suficiente para resolver las situaciones a las que se enfrentaba y se ha visto desbordada, por carencia de recursos y por falta de disponibilidad de los mismos. Todo esto ha configurado una nueva realidad social y no se ha podido evitar el crecimiento de la pobreza y de las situaciones de riesgo y de exclusión social.

En conclusión, podemos asegurar que “las Administraciones locales son las que soportan la mayor carga en relación a las competencias en materia de servicios sociales, dado que tienen muchas directamente asignadas como responsables de los SSB, definidas claramente en la LSS” (FORNS, 208c, p. 51). Ahora bien, los entes locales asumen una parte importante de los SSE a petición propia o delegados por la Generalitat de Catalunya. Las circunstancias económicas y sociales, y la organización territorial, hacen que a menudo aparezcan desigualdades territoriales en la respuesta desde el mundo local a las necesidades de los ciudadanos. De ahí que “los entes locales y los servicios sociales deberían conformar una misma unidad de acción para dar una respuesta adecuada a las necesidades de la ciudadanía” (FORNS, 2018a, p. 147).

La organización competencial no debe estar sometida a quien tiene que ejercerla, sino a quien la puede ejercer con mayor competencia, incorporando, por lo tanto, la calidad como criterio esencial. Pero todo esto supone un profundo replanteamiento de la arquitectura jurídica de las Administraciones públicas, y en particular de los entes locales, y sobre todo de su régimen competencial, lo cual conlleva una nueva concepción de la autonomía local, otorgándole el papel protagonista que le corresponde en cuanto que se trata de la Administración más cercana al ciudadano.

7

Bibliografía

- ADELANTADO GIMENO, Josep (2007), “La política de Serveis Socials”, *Societat catalana*, pp. 279-295.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2008), “Estudio preliminar. El sistema de servicios sociales en Cataluña: Garantizar derechos, prestar servicios”, en AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (coord.), *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*, Institut d’Estudis Catalans, Barcelona, pp. 15-36.
- AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (2012), “El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales”, en EZQUERRA HUERVA, Antonio (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, pp. 47-85.
- AGUILAR HENDRICKSON, Manuel (2014), *Apuntes para un replanteamiento de los servicios sociales en España*, Fundación FOESSA, Madrid.
- ALEMÁN BRACHO, Carmen (1993), “Una perspectiva de los servicios sociales en España”, *Alternativas. Cuadernos de Trabajo Social*, núm. 2, octubre, pp. 195-205.
- ANAUT BRAVO, Sagrario (coord.) (2019), *El sistema de servicios sociales en España*, Aranzadi – Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- ARENILLA SÁEZ, Manuel (2014), “El nuevo sistema de competencias”, en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (coord.), *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona, pp. 15-55.
- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia (2014), “Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 194, mayo-agosto, pp. 373-410.

- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia (2015), “Repercusiones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local en el Estado de bienestar: especial referencia a los servicios sociales”, en NOGUEIRA LÓPEZ, Alba, LOIS GONZÁLEZ, Marta Irene y DIZ OTERO, Isabel (coords.), *Crisis, derechos sociales e igualdad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 191-220.
- ARIAS MARTÍNEZ, María Antonia (2016), “La CEAL y su transposición al ordenamiento español: una historia de la evolución legislativa y jurisprudencial del régimen local español desde 1985 hasta nuestros días”, *Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 25, núm. extraordinario: 71-106, pp. 71-106.
- BAYONA I ROCAMORA, Antoni (2008), “El sistema de serveis socials en la Llei 12/2007”, en AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (coord.), *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*, Institut d’Estudis Catalans, Barcelona, pp. 67-80.
- BLANCO FILLOLA, Ismael, GOMÀ CASANOVA, Ricard y SUBIRATS I HUMET, Joan (2018), “El nuevo municipalismo: derecho a la ciudad y comunes urbanos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (GAPP)*, nueva época, núm. 20, noviembre, pp. 14-28.
- BOIX PALOP, Andrés (2014), “Objetivos y realidad de la reforma local. Insuficiencias y concreción práctica de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”, *Anuario del Gobierno Local 2013. Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013*, Fundación Democracia y Gobierno Local – Institut de Dret Públic, Barcelona, junio, pp. 89-127.
- BRUGUÉ I TORRUELLA, Joaquim (2008), “La participació ciutadana en l’elaboració de la Llei de serveis socials”, *Activitat Parlamentària*, núm. 14, enero, pp. 68-79.
- CASADO CASADO, Lucía (2018), “Crisis económica y protección del medio ambiente. El impacto de la crisis sobre el derecho ambiental en España”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 9, núm. 1, enero–abril, pp. 18-63.
- CASADO CASADO, Lucía (2019), “El nuevo Pilar Europeo de Derechos Sociales: ¿hacia un fortalecimiento real de la dimensión social de la Unión Europea?”, *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, núm. 2, pp. 1-30.
- CASTRO LÓPEZ, Pilar (2018), “El régimen jurídico administrativo de los servicios sociales en Andalucía: principales aportaciones de la nueva Ley 9/2016, de 27 de diciembre”, en GONZÁLEZ RÍOS, Isabel (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios. Educación, sanidad, ser-*

vicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas, Dykinson, Madrid, pp. 249-298.

COCCIOLO, Endrius (2015), “La unión de la energía y la gobernanza del sistema tierra en el antropoceno: una cuestión constitucional”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. VI, núm. 1, pp. 1-44.

DESDENTADO DAROCA, Eva (2009), “Estudio sectorial sobre la descentralización de competencias en servicios sociales”, en GALÁN GALÁN, Alfredo y PRIETO ROMERO, Cayetano (dirs.), *La descentralización de competencias autonómicas en la ciudad de Madrid*, Huygens, Barcelona, pp. 89-118.

FANTOVA AZCOAGA, Fernando (2007), “Repensando la intervención social”, *Revista Documentación Social*, núm. 147, pp. 183-198.

FANTOVA AZCOAGA, Fernando (2019), “Los agentes en la transformación de los servicios sociales”, *Cuadernos de Trabajo Social*, vol. 32, núm. 2, pp. 431-444.

FORCADELL I ESTELLER, Francesc Xavier, PIFARRÉ I ESTRADA, Marc y SABATÉ I VIDAL, Josep Maria (coords.) (2014), *Los Gobiernos locales de Cataluña ante la reforma del régimen local español*, Colección Testigos Parlamentarios, núm. 35, Barcelona.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria (2018a), *El model de prestació dels serveis socials de Catalunya basat en la persona des de la perspectiva local*, Atelier, Barcelona, 2018.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria (2018b), “El sistema organizativo y competencial de los servicios sociales locales de la post-crisis en el Estado Español. El caso de Catalunya”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, núm. 74, octubre–diciembre, pp. 25-66.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria (2018c), “Los servicios sociales locales como garantes del Estado del Bienestar en el Estado Español: análisis del régimen jurídico de la atención a la persona en Cataluña”, *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, vol. 9, núm. 3, septiembre–diciembre, pp. 3-54.

FORNS I FERNÁNDEZ, Maria Victòria (2019), “La construcción del derecho social de acceso a los servicios sociales”, en AA. VV., *Anais do I Congresso Global de Direitos Humanos. Novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável*, Lamego, enero, pp. 344-354.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon (2015), “Consecuencias de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en el régimen local de Cataluña”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, núm. 101, enero–abril, pp. 55-88.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon (2018), “Sobre el ámbito competencial de los entes locales. La interpretación de la jurisprudencia constitucional de su

- alcance en materia ambiental”, *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, septiembre–diciembre, pp. 1-37.
- GARDINI, Gianluca (2018), “Crisis económica y protección de los derechos sociales en Europa. Reflexiones desde el ordenamiento italiano”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 9, pp. 84-98.
- GÓMEZ SIERRA, Miquel (2000), *Los servicios sociales y su evaluación. Modelos de evaluación aplicados a los servicios y programas sociales*, Ediciones UB, Barcelona.
- HERAS I TRIAS, Pilar (2008), “Reforçar l’estat del benestar per aconseguir una societat més justa i cohesionada”, *Activitat Parlamentària*, núm. 14, enero, pp. 35-47.
- IGLESIAS I PIÉ, Marta (2008), “L’aplicació de la Llei de prestacions socials de caràcter econòmic. Element clau en la consolidació de l’estat del benestar”, *Activitat Parlamentària*, núm. 14, enero, pp. 48-58.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, Francisco Javier (2014), *Acción social en España*, Asociación Científica y Cultural Iberoamericana (ACCI), Madrid.
- LÓPEZ MENUDO, Francisco (2012), “La situación de los servicios sociales en el actual escenario de crisis económica”, en EZQUERRA HUERVA, Antonio (coord.), *El marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, pp. 29-46.
- LÓPEZ PELÁEZ, Antonio (2006), “Democracia, discapacidad y dependencia: ¿qué papel juega la noción de ciudadanía en las declaraciones y recomendaciones internacionales?”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 65, pp. 13-24.
- LÓPEZ PELÁEZ, Antonio (2007), “Ciudadanía, igualdad y servicios sociales: los límites del discurso neoliberal”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 3 extraordinario, pp. 251-272.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis (2013), “Los sistemas locales de bienestar ante el Proyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local” (I y II), *Diario del Derecho Municipal*, 21 y 25 de octubre.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis (2016), “La Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local y su incidencia en los Sistemas Locales de Bienestar”, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, vol. XLVIII, 4.^a época, núm. 188, pp. 201-212.
- MELLADO RUÍZ, Lorenzo (2010), “Notas críticas sobre el Anteproyecto de Ley para la Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: entre la reforma y la intervención”, *Revista CEMCI*, núm. 17, octubre–diciembre, pp. 1-36.

- MONTESINOS OLTRA, Salvador (2016), “La colaboración entre los municipios y la Economía Social tras la reforma del régimen local: una perspectiva competencial”, *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 87, pp. 1-32.
- MONTOYA MARTÍN, Encarna (2014), “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General de Derecho Administrativo (RGDA)*, núm. 36, mayo, pp. 1-20.
- NAVARRO RODRÍGUEZ, Pilar y ZAFRA VÍCTOR, Manuel (2014), “El pretendido blindaje autonómico de competencias municipales tras la reforma de la Administración local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, núm. 2, pp. 49-62.
- PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier (2007), “El modelo de servicios sociales en España”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, SOCIOTAM*, vol. XVII, núm. 2, pp. 125-150.
- PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier (2010), *El sistema català de serveis socials (1997-2007): cultura i política*, Colección Servicios Sociales, núm. 1, Departament d’Acció Social i Ciutadania, Generalitat de Catalunya, Barcelona.
- PONTONES ROSA, Carolina, PÉREZ MOROTE, Rosario y GONZÁLEZ GIMÉNEZ, Raimundo (2010), “Gestión y financiación de los servicios sociales en la Administración local”, *Contabilidad pública*, núm. 218, pp. 26-39.
- PURROY I MONTULL, Magda (2011), “Drets i deures dels serveis socials en el Sistema Català de Serveis Socials (SCSS)”, en PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier, *Els serveis socials a Catalunya. Aportacions per al seu estudi*, UdL-URV, Lleida-Tarragona, pp. 197-215.
- RELATS I CASAS, Vicenç (2008), “La nueva Ley de servicios sociales: un modelo catalán de atención garantista y universal”, *Actividad Parlamentaria*, núm. 14, enero, pp. 59-67.
- RETAMA REY, Mercè (coord.) (2017), “Dictamen. Los Servicios Sociales Básicos (SSB) en la provincia de Barcelona. Situación actual y propuestas de mejora. Una Mirada desde el Trabajo Social”, *Monográfico de Trabajo Social*, núm. 13, octubre.
- RIBERO ORTEGA, Ricardo (2015), “Oportunidades, riesgos y resultados reales de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, nueva época, n.º extraordinario, enero, pp. 19-26.
- RODRÍGUEZ BEAS, Marina y FUENTES I GASÓ, Josep Ramon (2015), “La organización territorial del Estatuto de 2006 y el impacto de la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en la inte-

- rriorización del régimen local de Cataluña”, en GARCÍA RUBIO, Fernando (dir.), *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*, INAP, Madrid, julio, pp. 511-576.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Pilar (2013), *La atención integral y centrada en la persona*, Colección Papeles de la Fundación, núm. 1, Fundación Pilares para la Atención Personal, Madrid.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca (2018), “Medio ambiente urbano”, en VELASCO CABALLERO, Francisco (dir.), *Anuario de Derecho Municipal 2017*, Marcial Pons, Madrid, pp. 341-366.
- SAENZ ROYO, Eva (2009), “Derechos de protección social y Estado autonómico: los márgenes constitucionales de actuación del Estado y de las CC. AA.”, en EMBID IRUJO, Antonio (ed.), *Derechos económicos y sociales*, Iustel – Gobierno de Aragón, Madrid, pp. 25-66.
- SALAVERRÍA I PALANCA, Fèlix (2015), “Marco competencial: Cómo encaja el marco competencial de la LRSAL con la Ley 12/2007 de Servicios Sociales”, en *Jornadas sobre el impacto del LRSAL en los servicios sociales de Cataluña*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 11 de febrero, pp. 1-15.
- SANTÁS GARCÍA, José Ignacio (2018), “Gestionar más para intervenir mejor en servicios sociales de Atención Social Primaria”, *Revista de Trabajo Social*, núm. 213, agosto, pp. 25-40.
- SIIS. CENTRO DE DOCUMENTACIÓN Y ESTUDIOS (2017), “Organización de los servicios sociales municipales en las comunidades autónomas: cinco estudios de caso”, *Zerbitzuan*, núm. 63, mayo, pp. 5-47.
- SUBIRATS HUMET, Joan (2007), *Los Servicios Sociales de Atención Primaria ante el cambio social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007.
- TORNOS MAS, Joaquín (2008), “La configuración de las prestaciones sociales como derechos subjetivos”, en AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç (coord.), *El sistema de serveis socials a Catalunya. Garantir drets, prestar serveis*, Institut d’Estudis Catalans, Barcelona, pp. 81-107.
- URIBE VILARRODONA, Joan (2019), “Rellenando espacios: hacia una ordenación de los sistemas de servicios sociales desde la respuesta a la complejidad”, *Zerbitzuan*, núm. 63, mayo, pp. 75-90.
- VELASCO CABALLERO, Francisco (2011), “Duplicidades funcionales de comunidades autónomas y entidades locales”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, pp. 21-60.

- VELASCO CABALLERO, Francisco (2014), “El nuevo régimen local general y su aplicación diferenciada en las distintas comunidades autónomas”, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 48, pp. 1-23.
- VILÀ I MANCEBO, Antoni (2009), *Informe: tendencias de la nueva legislación de servicios sociales*, European Anti Poverty Network (EAPN), enero.
- VILÀ I MANCEBO, Antoni (2011), “Els serveis socials a les comunitats autònomes”, en PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier (ed.), *Els serveis socials a Catalunya. Aportacions per al seu estudi*, UdL-URV, Lleida-Tarragona, pp. 163-179.
- VILÀ I MANCEBO, Antoni y PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier (2011), “El marc actual dels serveis socials a Catalunya”, en PELEGRÍ I VIAÑA, Xavier, *Els serveis socials a Catalunya. Aportacions per al seu estudi*, UdL-URV, Lleida-Tarragona, pp. 188-193.

¿Convenios interadministrativos de duración cuatrienal para satisfacer necesidades permanentes? Especial referencia a la cooperación local

PETRA MAHILLO GARCÍA

Secretaria general de la Diputación de Barcelona

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS

*Director de Servicios de Secretaría, adjunto a la
Secretaría General de la Diputación de Barcelona*

1. Introducción

2. Ley 40/2015: la regulación de los convenios y la fijación del límite cuatrienal

2.1. Antecedentes

2.2. La tramitación parlamentaria

2.3. La regulación sustantiva y la excepción de la previsión normativa

3. La asistencia y la cooperación locales y la satisfacción de necesidades permanentes

3.1. La legislación de régimen local y las previsiones sobre los convenios

3.2. La legislación de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña

3.3. Necesidades permanentes y disfunciones de la regulación actual

3.4. La articulación de la excepción normativa y las propuestas que se formulan

4. Epílogo

5. Bibliografía

Resumen

La Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, estableció que los convenios entre las Administraciones públicas deberán tener una

Artículo recibido el 25/05/2020; aceptado el 05/03/2020.

duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior, y solo admite una prórroga por un período de hasta cuatro años adicionales (art. 49.h), con rechazo de las enmiendas que proponían no sujetarlos a esos límites tan drásticos. Esa regulación resulta disfuncional cuando mediante los convenios se trata de prestar servicios o gestionar asuntos de interés común por un período superior a un cuatrienio o con carácter permanente, especialmente en el ámbito local y, en particular, en la asistencia y cooperación que prestan las diputaciones a los municipios de su provincia respectiva. Próxima la fecha en que se cumplirán cuatro años de la entrada en vigor de la Ley 40/2015, el artículo aborda la problemática generada y formula unas propuestas de modificación normativa que, con la adopción de las cautelas oportunas, den solución a las demandas planteadas.

Palabras clave: *relaciones interadministrativas e intergubernamentales; convenios entre Administraciones públicas; cooperación horizontal; prestación de servicios públicos.*

Inter-administrative agreements of four-year duration for satisfying permanent needs? Special reference to local cooperation

Abstract

Law 40/2015, on the Legal Framework of the Public Sector, established that agreements between Public Administrations must have a fixed duration, which may not exceed four years, unless a longer term is stipulated, and only admits an extension for a period of up to four additional years (art. 49.h). All the amendments proposed not to subject them to such drastic limits were rejected. This regulation is dysfunctional when, by means of the agreements, it is envisaged to provide services or manage matters of common interest for a period of more than a four-year term or on a permanent basis, especially at the local level and, in particular, in the assistance and cooperation provided by intermediate local governments to the municipalities of their respective province. Almost after four years of the entrance into force of Law 40/2015, this article addresses the problems generated and formulates proposals for regulatory modification that, with the adoption of the appropriate precautions, try to provide solutions to the demands raised.

Keywords: inter-administrative and intergovernmental relations; agreements between Public Administrations; horizontal cooperation; provision of public services.

1 Introducción

El 2 de octubre de 2020 se cumplirán cuatro años de la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en aplicación de su disposición final decimoctava. La llegada de esta fecha determinará la aplicación de la regla contenida en su disposición adicional octava.1, 2.º párrafo, cuyo contenido es el siguiente:

Disposición adicional octava. Adaptación de los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración pública (...)

1. Todos los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración pública o cualquiera de sus organismos o entidades vinculados o dependientes deberán adaptarse a lo aquí previsto en el plazo de tres años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.

No obstante, esta adaptación será automática, en lo que se refiere al plazo de vigencia del convenio, por aplicación directa de las reglas previstas en el artículo 49.h).1.º para los convenios que no tuvieran determinado un plazo de vigencia o, existiendo, tuvieran establecida una prórroga tácita por tiempo indefinido en el momento de la entrada en vigor de esta Ley. En estos casos el plazo de vigencia del convenio será de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de la presente Ley.

Concretamente, la regla establecida en dicho precepto está formulada así:

Artículo 49. Contenido de los convenios.

Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

(...)

h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un período de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

Cabe decir que estas determinaciones, también el objeto de este artículo, están previstas esencialmente para los convenios interadministrativos, defini-

dos como aquellos “firmados entre dos o más Administraciones públicas, o bien entre dos o más organismos públicos o entidades de derecho público vinculados o dependientes de distintas Administraciones públicas, y que podrán incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración pública, organismo público o entidad de derecho público vinculado o dependiente, para el ejercicio de competencias propias o delegadas” (LRJSP, artículo 47.2.a)¹.

La aplicación del automatismo previsto en la disposición adicional octava a convenios formalizados con una vocación de duración indefinida parece una buena razón para reflexionar sobre la limitación a cuatro años de la duración establecida, con carácter general, por la LRJSP para estos instrumentos jurídicos de uso común. Y hacerlo, además, en relación con el subsistema local, donde su utilización está mucho más generalizada².

2

Ley 40/2015: la regulación de los convenios y la fijación del límite cuatrienal

2.1

Antecedentes

En su Preámbulo, la LRJSP precisa que “se regulan en el Título Preliminar los convenios administrativos, en la línea prevista en el Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas, de 30 de noviembre, de 2010, que recomendaba sistematizar su

1. Quedarían, por tanto, fuera del análisis los convenios regulados en el resto del artículo 47.2, es decir, los siguientes:

a) (...) los convenios interadministrativos suscritos entre dos o más Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios de las mismas, que se regirán en cuanto a sus supuestos, requisitos y términos por lo previsto en sus respectivos Estatutos de autonomía.

b) Convenios intraadministrativos firmados entre organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de una misma Administración pública.

c) Convenios firmados entre una Administración pública u organismo o entidad de derecho público y un sujeto de derecho privado.

d) Convenios no constitutivos ni de tratado internacional, ni de acuerdo internacional administrativo, ni de acuerdo internacional no normativo, firmados entre las Administraciones públicas y los órganos, organismos públicos o entes de un sujeto de derecho internacional, que estarán sometidos al ordenamiento jurídico interno que determinen las partes.

2. Con carácter no exhaustivo, se pueden citar las referencias bibliográficas siguientes: ARIAS MARTÍNEZ (2017, 252-577), HERNANDO RYDINGS (2016, 736-752), LUQUE REGUEIRO (2016, 1261/68), PINO SMILG (2016, 1857-1860), PIZARRO NEVADO (2016, 137-152) y VELASCO CABALLERO (2016, 36-50).

marco legal y tipología, establecer los requisitos para su validez, e imponer la obligación de remitirlos al propio Tribunal. De este modo, se desarrolla un régimen completo de los convenios, que fija su contenido mínimo, clases, duración, y extinción y asegura su control por el Tribunal de Cuentas” (II, 7.º párr.).

Pues bien, si se consulta el documento aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas (en realidad una moción, no un dictamen), se constata que ninguna de las dieciséis propuestas formuladas hace referencia a la limitación en la duración de los convenios³.

El Anteproyecto de la LRJSP que fue sometido al dictamen del Consejo de Estado sí establecía, en cambio, unas previsiones sobre la duración de los convenios. El alto órgano consultivo se hace eco y emite la siguiente valoración:

“El artículo 24 del Anteproyecto versa sobre el contenido de los convenios, que se disciplina con más detalle que en la regulación actual. Merece particular atención su apartado h), relativo al plazo de vigencia, que, tras constreñir inicialmente la duración de todos los convenios a un plazo máximo de cuatro años, permite su prórroga hasta cuatro años más, y finalmente, aunque con carácter excepcional, contempla la posibilidad de sostener su vigencia hasta un total de cincuenta años. Sería conveniente reconsiderar la redacción prevista y establecer un margen temporal alternativo más equilibrado” (Dictamen núm. 274/2015, de 29.4, IV.A.4)⁴.

El Proyecto de la LRJSP fue aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión de 8.5.2015 y ya recogía la limitación a la duración de los convenios en los siguientes términos:

Artículo 49. Contenido de los convenios.

Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

(...)

3. En concreto, en la exhaustiva moción no hay ninguna mención a la duración, y en cuanto al plazo o la vigencia de los convenios solo son citados al objetar el Tribunal que, “con harta frecuencia, en convenios que canalizan subvenciones que se imputan a créditos nominativos, se ha constatado la existencia de deficiencias tales como la extensión del plazo de vigencia y de los compromisos financieros más allá del ejercicio presupuestario, anomalía que en ocasiones se trata de salvar condicionando los gastos de ejercicios futuros al otorgamiento de la correspondiente dotación nominativa en los presupuestos venideros, condicionamiento que es más formal que real, a la vista del contenido de los convenios y del problema que se derivaría de dejar inconclusas las actuaciones iniciadas” (apartado II, 3.2, 6.º párr.).

La *Moción sobre la necesidad de establecer un adecuado Marco Legal para el empleo del Convenio de Colaboración por las Administraciones Públicas*, aprobada por el Pleno del Tribunal de Cuentas, fue publicada en el BOE núm. 64, del 15.3.2013; accesible en <https://www.boe.es/boe/dias/2013/03/15/pdfs/BOE-A-2013-2853.pdf>

4. El Dictamen se puede consultar en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-274>

- h) *Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:*
1. *Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.*
 2. *En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción⁵.*

Como se puede apreciar del contraste con el Anteproyecto de Ley, el *margen temporal alternativo más equilibrado* demandado por el Consejo de Estado se resolvió en el proyecto por la vía de suprimir la posibilidad excepcional de la duración hasta cincuenta años, y con una redacción que se mantendría inalterada hasta la aprobación de la Ley⁶.

2.2

La tramitación parlamentaria

El PLRJSP fue objeto de una tramitación parlamentaria muy rápida: del 12 de mayo al 1 de octubre de 2015, fecha esta última en la que el Congreso de los Diputados aprobó el texto definitivo⁷. Sobre este *iter legislativo* en relación con el tema que tratamos pueden formularse las siguientes consideraciones⁸:

- a) En relación con el trámite en el Congreso:

Respecto de la regulación sobre la duración de los convenios consignada en el artículo 49.h) del PLRJSP se presentaron las enmiendas siguientes⁹:

5. El PLRJSP se puede consultar en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_100/pdfs/1.pdf. Sobre la aprobación por el Consejo de Ministros, véase <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/referencias/Paginas/2015/refc20150508.aspx#Admones>

6. La *Memoria del análisis de impacto normativo* (MAIN) del PLRJSP, al margen de recoger la cita errónea del *dictamen* del Tribunal de Cuentas, no contiene ninguna mención a la duración en la sucinta explicación de los convenios (véase MAIN, II.2, pp. 11 y 12; accesible en http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_100/pdfs/2.pdf)

7. Fuente: *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* del 01/10/2015 (p. 116); accesible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-309.PDF#page=101

8. A la consulta de los trámites parlamentarios seguidos con relación al PLRJSP se puede acceder a través de http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLIST&BASE=IW10&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=A&DJ&QUERY=%28121%2F000154*.NDOC.%29

9. Fuente: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-154-2.PDF#page=1

– Por parte del Grupo Unión Progreso y Democracia (UPyD), las núms. 12 y 13, que proponían pasar la duración máxima de los convenios y de su prórroga adicional de 4 a 8 años (núms. 1 y 2 del artículo 49.h, respectivamente), argumentando que “cuanto más longevos sean los convenios aportará mayor estabilidad al sistema”.

– Por el Grupo Vasco (GV), la enmienda núm. 42, que defendía que “debe suprimirse la referida letra h), en atención a que su contenido excede el ámbito de lo básico al no dejar margen alguno de desarrollo por las comunidades autónomas”, añadiendo una serie de consideraciones sobre “el uso abusivo y desproporcionado del título competencial ‘regulación básica del régimen jurídico de las Administraciones públicas’ a largo de todo el proyecto de Ley”¹⁰.

– Por el Grupo de Convergència i Unió (GCIU), la enmienda 119, que abogaba por mantener como contenido obligatorio del convenio la mención al plazo de vigencia, pero suprimiendo las reglas de la letra h) del artículo 49, aduciendo que “se propone la supresión de la limitación de la vigencia de los convenios a cuatro años de conformidad con la motivación ya expuesta de mantener la naturaleza flexible de los instrumentos de colaboración y la libertad de pactos” (argumentación expuesta en el enmienda 117).

Como ya sabemos, estas enmiendas no fueron aceptadas; de hecho, la Comisión de Hacienda y Administraciones Públicas del Congreso, en la sesión de 21.7.2015, aprobó el mismo texto del PLRJSP enviado por el Gobierno, de acuerdo con el Informe de la Ponencia, y sin introducir ninguna enmienda¹¹.

b) En relación con el trámite en el Senado:

Respecto de la regulación sobre la duración de los convenios consignada en el artículo 49.h) del PLRJSP se presentaron las mismas enmiendas formuladas en el Congreso por los GV y GCIU (UPyD no tenía representación en la Cámara Alta), con el mismo resultado desestimatorio que ya conocemos. De hecho, en la sesión del Pleno del Senado (9.9.2015) solo se aceptaron cuatro enmiendas (todas ellas presentadas por el Grupo Popular). Y así el texto volvió al Congreso, donde fue aprobado, tal como ya se ha señalado, el 1 de octubre de 2015¹².

10. Cabe añadir que esta enmienda el GV la complementaba con la núm. 70, en la que proponía la supresión correlativa del periodo de 4 años contenido en la DA 8.ª1, 2.º párr., sobre la adaptación automática de los convenios sin plazo de vigencia o por tiempo indefinido.

11. Fuente: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-154-4.PDF#page=1; http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-154-3.PDF#page=1

12. Las enmiendas presentadas en el Senado tenían los núms. siguientes: la 54 por GCIU (correlativa a la 119 del Congreso) y las 148 y 171 por GV (reproducción de las 42 y 70); accesibles en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_585_3952.PDF

2.3

La regulación sustantiva y la excepción de la previsión normativa

Rechazadas las enmiendas en los términos vistos, la regulación sustantiva de los convenios en lo que afecta al tema que tratamos se caracteriza, pues, por las siguientes notas (LRJSP, artículo 49.h y disposición adicional octava.1):

1.^a) Se fija un límite de duración determinada a los convenios, que no podrá ser superior a 4 años.

2.^a) Se admite que, antes de la finalización del plazo previsto en el convenio, los firmantes podrán acordar la prórroga por un período de hasta 4 años adicionales.

3.^a) Los convenios que no hayan sido adaptados y no tuvieran determinado un plazo de vigencia, o cuya vigencia fuera indefinida, automáticamente han sido prorrogados hasta el 2.10.2020, fecha en que se cumplirán los 4 años desde la entrada en vigor de la LRJSP, previstos en su disposición adicional octava.1.

Sin olvidar las limitaciones establecidas, puede resultar útil recordar los objetivos o las finalidades que la misma Ley fija para la suscripción de convenios; así, son los siguientes (LRJSP, artículo 48.3):

- mejorar la eficiencia de la gestión pública;
- facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos;
- contribuir a la realización de actividades de utilidad pública;
- y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Desde un punto de vista teleológico, hay que centrarse en los tres primeros mandatos y dejar de lado el cuarto¹³. Y lo cierto es que ni la mejora de la eficiencia de la gestión pública, ni tampoco la facilitación de la utilización conjunta de medios y servicios públicos, ni menos aún la contribución a la

Para la consulta del Informe de la Ponencia, véase http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/DS/CO/DS_C_10_515.PDF; para la aprobación por el Pleno del Senado, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/BOCG/2015/BOCG_D_10_597_4135.PDF y http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/SEN/DS/PL/DS_P_10_171.PDF; y para la aprobación por el Pleno del Congreso, http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-154-6.PDF#page=1 y http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/DS/PL/DSCD-10-PL-309.PDF#page=101

13. En rigor, el cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera no puede ser en sí mismo ni un objetivo ni una finalidad de los convenios, sino, sencillamente, una obligación a observar por las entidades públicas firmantes (*ex CE*, 135, y LO 2/2012, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera), y cuya cita no se explica sino a partir de la obsesión del legislador de los años de la crisis económica aguda (2011-2015) por el cumplimiento de estos principios, presente también en otras manifestaciones legislativas, como en la LRSAL (L 27/2013), como después veremos.

realización de actividades de utilidad pública, justifican por sí solas ninguna exigencia de limitación de la duración de los convenios a 4 años.

Ciertamente, la misma LRJSP dispone que este plazo máximo quede excepcionado cuando “normativamente se prevea un plazo superior” (artículo 49.h.1, *in fine*), pero esta determinación ya avanzamos que requiere de un instrumento normativo que, indefectiblemente, necesita del concurso de los poderes central o autonómico, ya sea por la vía reglamentaria o la legislativa.

También se ha de consignar que se pueden encontrar previsiones normativas que habilitan plazos superiores a los 4 años; así:

- La propia LRJSP, al establecer que, “cuando el convenio tenga por objeto la delegación de competencias en una entidad local, deberá cumplir con lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local” (artículo 48.7.2.º párr.), se conecta con esta misma Ley (LBRL), la cual, al regular la delegación del Estado o las comunidades autónomas en los municipios, establece que su duración “no podrá ser inferior a cinco años” (artículo 27.1.3.º párr., en la redacción dada por la Ley 27/2013/LRSAL).

- Igualmente la LRJSP exige del plazo máximo de 4 años a otras dos figuras, cuando prescribe que “las normas del presente Capítulo no serán de aplicación a las encomiendas de gestión y los acuerdos de terminación convencional de los procedimientos administrativos” (artículo 48.9).

3

La asistencia y la cooperación locales y la satisfacción de necesidades permanentes

3.1

La legislación de régimen local y las previsiones sobre los convenios

De la regulación de la LBRL sobre los convenios en relación con el tema que estamos analizando interesa destacar los siguientes aspectos:

1.º) La formalización de convenios es uno de los instrumentos de cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones General del Estado y de las comunidades autónomas (artículo 57.1).

2.º) La suscripción de convenios y la constitución de consorcios deben mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibili-

dad financiera (artículo 57.2), donde se detecta la coincidencia parcial con el artículo 48.3 de la LRJSP antes transcrito.

3.º) La constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. En todo caso, habrá de verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda de la entidad local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos (artículo 57.3).

4.º) Ninguna determinación se localiza en la legislación de régimen local sobre la limitación en la duración de los convenios.

El Texto refundido de la Ley municipal y de régimen local de Cataluña (TRLCat), aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, contiene la sucinta determinación siguiente:

Artículo 191

Convenios y consorcios

191.1 La Administración de la Generalidad y los entes locales pueden establecer convenios o consorcios sobre servicios locales o asuntos de interés común, con el fin de instrumentar fórmulas de asistencia y cooperación económica, técnica y administrativa.

191.2 De los acuerdos de cooperación establecidos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales, se dará cuenta a las otras Administraciones que puedan estar interesadas y no hayan intervenido en la formalización del acuerdo.

A su vez, del Reglamento de obras, actividades y servicios de los entes locales (ROAS), aprobado por el Decreto 179/1995, importa resaltar las prescripciones siguientes:

1.ª) Los convenios son objeto de una regulación detallada (artículos 303 a 311), y definidos en términos muy amplios:

- por el convenio se establece una relación de cooperación consensuada entre entes locales o entre estos y otras Administraciones públicas, para la prestación de servicios o para el desarrollo de las competencias legalmente atribuidas, en cuya satisfacción tengan un interés común;
- el convenio podrá tener por objeto la creación ulterior de una entidad o un órgano de composición plural y de gestión común;
- a través de los convenios se puede realizar la cooperación interadministrativa, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común (artículo 303).

2.ª) Entre los elementos del convenio se exige la referencia al “plazo de vigencia del convenio y, en su caso, prórroga de este” (artículo 308.f).

3.^a) Tampoco encontramos ninguna prescripción sobre un plazo máximo de duración de los convenios.

3.2

La legislación de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña

La Ley 26/2010, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, también contiene una regulación de los convenios, de la que pueden distinguirse los siguientes aspectos:

1.º) Se contiene en los artículos 108 a 112 y define el convenio de colaboración como “todo acuerdo sujeto al derecho público, del que se derivan obligaciones jurídicas directas para las partes, con independencia de la denominación del instrumento que lo contenga”, precisando que “las Administraciones públicas de Cataluña pueden suscribir convenios y protocolos con otras Administraciones públicas y con los organismos y entidades públicas dependientes o vinculados a estas, en el ámbito de las competencias respectivas y para la consecución de fines de interés común” (artículo 108.1 y 3).

2.º) Entre los aspectos que deben contener los convenios se incluye “el plazo de vigencia del convenio y, en su caso, el régimen de prórroga”, añadiendo que “si el convenio comporta compromisos de gasto económico, las prórrogas deben ser expresas” (artículo 110.g).

3.º) Entre la detallada regulación no se consigna determinación alguna sobre la limitación en la duración de los convenios.

3.3

Necesidades permanentes y disfunciones de la regulación actual

En el amplio y denso flujo de relaciones entre los gobiernos y las administraciones locales, autonómicas y central es bastante evidente que las limitaciones fijadas por la regulación actual resultan altamente disfuncionales cuando se trata de instrumentar la figura de los convenios para satisfacer necesidades permanentes. Así, un primer caso genérico, pero que conoce de manifestaciones diversas, es el de la asistencia de las diputaciones a los municipios de su provincia (así, en los ámbitos del fomento y apoyo a la gran variedad de actividades culturales, la mejora del comercio urbano o el fortalecimiento de la oferta turística), ejerciendo

así sus competencias (LBRL, 36.1.b) y dando cumplimiento a su función constitucional (CE, 137). Otro supuesto, más concreto, gira alrededor de una propuesta de colaboración estable entre dos o más entidades públicas, locales o de otro tipo, que se proyecta hacia el futuro y que puede centrar su objeto tanto en la gestión de equipamientos como en el desarrollo de actividades.

Si se quieren ejecutar actuaciones conjuntas como las descritas, su articulación por la vía del convenio topa con muchas dificultades; así:

- De entrada, la limitación de la duración inicial de los convenios a 4 años lastra los planteamientos que contemplen tanto inversiones y su posible financiación mediante créditos como la incorporación de nuevo personal, por cuanto la *provisionalidad* de aquella duración no se corresponde con los compromisos inherentes a estos recursos financieros y humanos.

- Tampoco la posibilidad de una prórroga adicional de 4 años aporta ninguna solución, ya que la actuación continúa instalada en la incertidumbre por su futuro.

- Porque ¿qué ocurre cuando finaliza la prórroga? ¿Es legalmente posible formalizar una segunda prórroga o un nuevo convenio con el mismo objeto, ambas posibilidades no previstas en la LRJSP, a pesar de que se trate de satisfacer necesidades permanentes? Demasiadas dudas se plantean respecto de este pronunciamiento en un sentido afirmativo, sobre el que planea, por otro lado, la sombra del reproche del fraude de ley.

- Finalmente, otra disfunción se evidencia al contrastar esta regulación que venimos comentando con las determinaciones de otras previsiones normativas sobre el binomio consorcio / convenio. El dilema sobre la idoneidad de una u otra figura se plantea cuando se trata de articular la colaboración estable entre dos o más entidades públicas, locales o de otro tipo, que se proyecta hacia el futuro y que puede centrar su objeto tanto en la gestión de equipamientos como en el desarrollo de actividades que anunciábamos antes. En la resolución del dilema parte con ventaja la defensa del consorcio. Y no porque entendamos que no se pueda gestionar mediante un convenio –que sí lo consideramos–, sino porque este estará sujeto a la restricción del período cuatrienal y sin una cobertura para una duración inicial superior, mientras que el consorcio se constituye de ordinario con carácter indefinido. Se dará así la paradoja de que el mandato legislativo en favor de la preferencia del convenio respecto del consorcio contenido en la legislación básica de régimen local, antes señalado (LBRL, 57.3), se verá constreñido por la aplicación de la legislación básica general sobre régimen jurídico del sector público.

3.4

La articulación de la excepción normativa y las propuestas que se formulan

Ya sabemos que la limitación de la duración de los convenios y de su prórroga a 4 años tiene una excepción: “que normativamente se prevea un plazo superior”. Pero también hemos avanzado que esta determinación, indefectiblemente, necesita del concurso de los poderes central o autonómico, ya sea por la vía reglamentaria o la legislativa. La ordenanza o el reglamento locales están configurados para regular los servicios u otras actividades en relación con los usuarios o la ciudadanía, pero no para dar cobertura a las relaciones interadministrativas instrumentadas a través de convenios, ni tampoco para dar solución al *cul-de-sac* al que se llega después de la prórroga adicional de 4 años, cuando estamos ante una colaboración estable que demanda un período de duración superior o la ya aludida satisfacción de necesidades permanentes.

Considerando estos antecedentes, de las vías posibles para dar salida a la problemática planteada, la legislativa es, sin duda, la más adecuada, ya que su posición ordinamental puede garantizar una aplicación general, si bien susceptible de diferenciación en razón de la norma legal que acogiera la modificación propuesta; así, la de régimen local de Cataluña, la básica de régimen local o la básica general.

Sobre estas bases, formulamos las siguientes propuestas:

a) En relación con el TRLCat, aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003:

Artículo 191

Convenios y consorcios

191.1 La Administración de la Generalidad y los entes locales pueden establecer convenios o consorcios sobre servicios locales o asuntos de interés común, con el fin de instrumentar fórmulas de asistencia y cooperación económica, técnica y administrativa.

191.2 De los acuerdos de cooperación establecidos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales, se dará cuenta a las otras Administraciones que puedan estar interesadas y no hayan intervenido en la formalización del acuerdo.

Modificación propuesta, adición (artículo 191.3):

Artículo 191

Convenios y consorcios

191.1 La Administración de la Generalidad y los entes locales pueden establecer convenios o consorcios sobre servicios locales o asuntos de

interés común, con el fin de instrumentar fórmulas de asistencia y cooperación económica, técnica y administrativa.

191.2 De los acuerdos de cooperación establecidos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales, se dará cuenta a las otras Administraciones que puedan estar interesadas y no hayan intervenido en la formalización del acuerdo.

191.3 Los convenios entre entidades públicas deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que con su formalización se presten servicios o se gestionen asuntos de interés común por un período superior al indicado o con carácter permanente, con cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, el acuerdo del pleno de las entidades locales firmantes y la comunicación a las otras Administraciones que puedan estar interesadas y no hayan intervenido en la formalización del convenio.

La propuesta se justifica sobre las bases siguientes:

– La duración superior a 4 años queda amparada en razón de que con la formalización del convenio se presten servicios o se gestionen asuntos de interés común por un período superior al indicado o con carácter permanente.

– La atribución al pleno de las entidades locales responde a la superación del plazo ordinario cuatrienal, previsión que cuenta con otros referentes normativos¹⁴.

– El recordatorio sobre la observancia de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera añade un plus de rigor a la adaptación de ese compromiso, más dilatado en el tiempo, que el acuerdo entraña.

– Finalmente, la comunicación a las otras Administraciones que puedan estar interesadas, y no hayan intervenido en la formalización del convenio, se explica para mantener la simetría con el vigente redactado del propio artículo 191.2 del TRLCat.

b) En relación con la LBRL:

Artículo 57.

1. La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de

¹⁴. Así, en la DA 2.ª2 de la L 9/2017, de contratos del sector público, y el artículo 174.5 del Texto refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por el RDLeg 4/2004, que atribuyen al pleno la competencia cuando se supera el plazo de 4 años en relación con los contratos públicos y los compromisos de gasto de carácter plurianual, respectivamente.

interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban.

De cada acuerdo de cooperación formalizado por alguna de estas Administraciones se dará comunicación a aquellas otras que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.

2. La suscripción de convenios y constitución de consorcios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

3. La constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. En todo caso, habrá de verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la entidad local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.

Modificación propuesta, adición (artículo 57.4):

Artículo 57.

1. La cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, se desarrollará con carácter voluntario, bajo las formas y en los términos previstos en las leyes, pudiendo tener lugar, en todo caso, mediante los consorcios o los convenios administrativos que suscriban.

De cada acuerdo de cooperación formalizado por alguna de estas Administraciones se dará comunicación a aquellas otras que, resultando interesadas, no hayan intervenido en el mismo, a los efectos de mantener una recíproca y constante información.

2. La suscripción de convenios y constitución de consorcios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

3. La constitución de un consorcio solo podrá tener lugar cuando la cooperación no pueda formalizarse a través de un convenio y siempre que, en términos de eficiencia económica, aquella permita una asignación más eficiente de los recursos económicos. En todo caso, habrá de

verificarse que la constitución del consorcio no pondrá en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda de la entidad local de que se trate, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.

4. Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que con su formalización se presten servicios o se gestionen asuntos de interés común por un período superior al indicado o con carácter permanente, con cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el acuerdo del pleno de las entidades locales signatarias.

La justificación de la propuesta de modificación se basa en los mismos argumentos que los expuestos en relación con el artículo 191 del TRLCat, si bien la misma ya no recoge la necesidad de comunicación, por no resultar necesaria en este precepto.

c) En relación con la Ley 40/2015:

Artículo 49. Contenido de los convenios.

Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

(...)

h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.

En el caso de convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

Modificación propuesta (artículo 49.h.):

Artículo 49. Contenido de los convenios.

Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:

(...)

h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:

1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que con su formalización se pres-ten servicios o se gestionen asuntos de interés común por un período superior al indicado o con carácter permanente, con cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, y el acuerdo de los órganos competentes de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, y del pleno en el caso de las entidades locales signatarias.

2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el convenio, los firmantes podrán acordar unánimemente su prórroga por el período que estimen oportuno en razón de la naturaleza del mismo o su extinción.

En el caso de convenios suscritos por la Administración General del Estado o alguno de sus organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes, esta prórroga deberá ser comunicada al Registro Electrónico estatal de Órganos e Instrumentos de Cooperación al que se refiere la disposición adicional séptima.

Los argumentos utilizados para defender la modificación de la LBRL son los mismos que pueden esgrimirse para la propuesta relativa a la LRJSP, si bien en esta se añade la mención al acuerdo de los órganos competentes de la Administración General del Estado y de las comunidades autónomas, atendido que afecta a estas dos Administraciones, pero sin prejuzgar el órgano de aprobación, así como la relativa a la prórroga acordada por los firmantes por el período que estimen oportuno en razón de la naturaleza del convenio, sin sujeción forzosa, por tanto, al plazo cuatrienal.

4

Epílogo

Las propuestas formuladas no tienen otra pretensión que agilizar y simplificar la aprobación y la formalización de los convenios, una manifestación de las relaciones interadministrativas e intergubernamentales, cuyo objetivo no es otro que la satisfacción del interés público y las necesidades de la ciudadanía; una actividad convenial que alcanza, por otra parte, unas cifras ciertamente elevadas¹⁵. Y hacerlo en un aspecto tan relevante como su duración, de cuya

¹⁵. El Registro de Convenios de colaboración y cooperación de Cataluña muestra las siguientes cifras: 2016 (1431), 2017 (2126), 2018 (3022) y 2019 (1332); consulta efectuada el 9.2.2020; para su consulta, véase <http://exteriors.gencat.cat/ca/ambits-dactuacio/relacions->

articulación funcional depende, en buena medida, la viabilidad misma de la actuación que se quiere llevar a cabo mediante el convenio.

Obviamente no se trata de pasar miméticamente a fijar una duración indefinida para todos los convenios. En las propuestas se sigue considerando como primera opción la del período cuatrienal. Reiterado este límite, lo que se abre es la posibilidad de que las Administraciones puedan establecer una duración mayor, naturalmente adecuada a la naturaleza y al objeto del convenio, y de ahí la apelación al cumplimiento de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo que requerirá de la necesaria justificación para que la propuesta sea aprobada –no se olvide– por el pleno de la corporación local, y que siempre requerirá un pronunciamiento sobre el plazo de la vigencia. Con este marco, el convenio indefinido será siempre la opción última y, si se quiere, excepcional, reservada solo a los supuestos de necesidades permanentes cuya satisfacción demande una duración no limitada *ab initio* (así, como la alternativa al consorcio ya expuesta). Y en cualquier caso no debe olvidarse que la convenial es una relación bilateral o multilateral de carácter voluntario, de manera que lo que compete a la legislación es articular los mecanismos para que esa relación se mantenga mientras perdure el consenso entre las Administraciones signatarias sobre que el instrumento formalizado es el idóneo para la satisfacción de esas necesidades permanentes a la que da cobertura. Porque si, en un momento dado, llega a desaparecer el consenso o el instrumento deviene ineficiente, indefectiblemente la relación convenial se extinguirá, ya sea por mutuo acuerdo o por la denuncia o separación de una o más partes, derecho este cuyo ejercicio es consustancial a las relaciones jurídicas asentadas sobre la base de la voluntariedad.

Es una realidad contrastada que la Directiva 2014/24/UE potencia la cooperación horizontal entre las entidades públicas, y de ello se ha hecho eco la Ley 9/2017, de contratos del sector público (artículos 6.1 y 31.1.b), aunque no haya desarrollado todas las posibilidades que aquella brindaba¹⁶.

institucionals/relacions-intergovernamentals/registre-de-convenis-de-collaboracio-i-cooperacio/consulta-del-registre-de-convenis-de-collaboracio-i-cooperacio/?q=&p=0&dFR%5Bexercici%5D%5B0%5D=2019&dFR%5Bexercici%5D%5B1%5D=2015&is_v=1

16. Entre las muchas contribuciones al respecto, se seleccionan las de HUERGO LORA (2017), sobre la cooperación horizontal y los convenios en la Directiva, y, sobre la misma cuestión en la LCSP/2017, GIMENO FELIU (2019, 147-153); sobre la limitación de esta Ley, léase la opinión de HUERGO LORA: “¿Por qué se ha quedado un paso por detrás el derecho español? Porque, al decir que la cooperación horizontal solo es admisible cuando el convenio tenga un objeto distinto al de los contratos típicos, sigue anclado en una doctrina que el TJ estableció en 2005 pero abandonó en 2009, es decir, una doctrina que solo admite una única excepción al principio del contratista interpuesto: la excepción de las adjudicaciones a medios propios. Esto obliga a distinguir ‘convenios’ y ‘contratos’, no por su objeto sino por su causa, algo que me parece, como he dicho, estéril” (2019, 147).

En cualquier caso, aprovechando que se han desvanecido las dudas que sometían esta cooperación y la actividad convenial a sospecha, de lo que se trata es, sencillamente, de que la dimensión temporal del instrumento jurídico se adecue a las características y las necesidades de la realidad que quiere regular. Y de que, si estas son permanentes o de larga duración, los gobiernos y las administraciones públicas –los locales de manera señalada– no se vean forzados a aprobar y formalizar convenios con una duración de 4 años, primero, y después una prórroga adicional, para finalmente tener que buscar la manera de poder continuar cumpliendo con su obligación de satisfacer las necesidades demandadas.

La tramitación de las leyes de medidas de acompañamiento de los presupuestos generales de la Generalitat de Cataluña y del Estado para 2020 sería una buena oportunidad para acometer la modificación legislativa que lo hiciera posible¹⁷.

5

Bibliografía

- ARIAS MARTÍNEZ, M.^a A., “De los convenios”, en CAMPOS ACUÑA, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 40/20015 de Régimen Jurídico del Sector Público*, Wolters Kluwer, 2017.
- GIMENO FELIU, J. M.^a, *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*, Aranzadi – Fundación Democracia y Gobierno Local, 2019.
- HERNANDO RYDINGS, M.^a, “La colaboración interadministrativa local: novedades en el nuevo régimen jurídico de los convenios y de los consorcios”, en CAMPOS ACUÑA, C. (coord.), *El nuevo procedimiento administrativo local tras la Ley 39/2015*, Wolters Kluwer, 2016.

¹⁷. En el momento de cerrar este artículo, el Proyecto de Ley de medidas fiscales, financieras, administrativas y del sector público y de creación del impuesto sobre las instalaciones que inciden en el medio ambiente, aprobado por el Consejo Ejecutivo en la reunión de 20.1.2020, ya ha iniciado su tramitación en el Parlament de Cataluña y, entre otras previsiones de modificaciones legislativas, en su artículo 75, contiene la del TRLCat, precisamente el texto legal cuyo artículo 191 proponemos modificar para adecuar la duración de los convenios; para el proyecto y el trámite parlamentario, véase <https://www.parlament.cat/document/bopc/41081621.pdf#page=3>; <https://www.parlament.cat/web/activitat-parlamentaria/siap/index.html?STRUTSANCHOR1=detallExpedient.do&criteri=200-00012/12&ad=1>

En cuanto a los Presupuestos Generales del Estado, aún no se ha iniciado su *iter parlamentario*, pero es de desear que no se demore y pueda acoger alguna de las propuestas relativas a la LBRL y la LRJSP, si así se estima oportuno.

- HUERGO LORA, A., “Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *REALA*, núm. 8, noviembre 2017.
- HUERGO LORA, A., “La prestación de los servicios públicos locales”, *Documentación Administrativa*, núm. 6, enero-diciembre 2019.
- LUQUE REGUEIRO, F., “De los convenios. Artículo 49. Contenido de los convenios”, en RECUERDA GIRELA, M. Á. (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.
- PINO SMILG, M., “Disposición adicional octava. Adaptación de los convenios vigentes suscritos por cualquier Administración Pública e inscripción de organismos y entidades en el Inventario de Entidades del Sector Público Estatal, Autonómico y Local”, en RECUERDA GIRELA, M. Á. (dir.), *Régimen jurídico del Sector Público y Procedimiento Administrativo Común*, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016.
- PIZARRO NEVADO, R., “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, 2016.
- VELASCO CABALLERO, F., “Régimen jurídico-organizativo de la Administración local tras la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 2015”, en VELASCO CABALLERO, F., *Anuario del Derecho municipal 2015*, Marcial Pons, 2016.

Los convenios administrativos en el ámbito local y su actual régimen jurídico

JUAN ALEMANY GARCÍAS

*Profesor contratado doctor de Derecho Administrativo por ANECA.
Profesor asociado de Derecho Administrativo - Univ. Illes Balears
y Univ. Rovira i Virgili.
Abogado
alemanypm10@icaib.org*

- 1. Los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público**
 - 1.1. Principales novedades contenidas en la Ley 40/2015 en relación con los convenios administrativos
 - 1.2. Principales diferencias entre contrato y convenio administrativo
 - 1.3. Análisis dogmático de los protocolos de actuación. ¿Son verdaderos convenios administrativos?
 - 1.4. Aspectos *de lege ferenda* en relación con la figura de los convenios administrativos
 - 1.5. El contenido de los convenios administrativos
- 2. Los convenios administrativos en la LCSP 2017**
 - 2.1. Novedades de la LCSP 2017 en relación con la figura del convenio
 - 2.2. Trato jurisprudencial de los convenios de colaboración en la LCSP
- 3. Los convenios en el Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana**
- 4. Conclusiones**
- 5. Bibliografía**

Resumen

Los comentarios del presente artículo hacen referencia a la regulación jurídica de los convenios administrativos que con carácter general se han contenido en la Ley 40/2015, sustituyendo el régimen jurídico que de los mismos se establecía en la derogada Ley 30/1992, que se caracterizaba por regular muy sistemáticamente la figura de los convenios administrativos, y por ser aplicable tan solo a los convenios que se celebraban entre el

Artículo recibido el 12/11/2019; aceptado el 05/03/2020.

Estado y las comunidades autónomas. A raíz de la Ley 40/2015 cambia esta situación, ya que se van a regular los convenios, no solamente suscritos por Administraciones públicas, sino también por la figura del poder adjudicador, así como los convenios que celebren tanto unas como otros con sujetos de derecho privado.

Palabras clave: *convenio; contrato; Administración; poderes adjudicadores; particulares.*

Administrative agreements at the local level and its current legal regime

Abstract

The comments of this article refer to the legal regulation of administrative agreements that have been generally contained in Law 40/2015, replacing the legal regime that was established in Law 30/1992. The latter was characterized, first, for regulating very systematically the figure of administrative agreements, and, second, for being applicable only to agreements that were concluded between the State and the Autonomous Communities. As a result of Law 40/2015, this situation changed, since the new Law regulates agreements signed by the Public Administration, other contract authorities and the agreements signed by all with private agents.

Keywords: administrative agreement; contract; Administration; contracting authorities; private agents.

1

Los convenios administrativos en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público

1.1

Principales novedades contenidas en la Ley 40/2015 en relación con los convenios administrativos

Podemos considerar que los convenios administrativos no tenían hasta la fecha una regulación unitaria, ya que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), venía a regular los convenios de manera poco clara, ya que se limitaba a regularlos como terminación del

procedimiento administrativo. La aprobación en el 2015 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), con su entrada en vigor en octubre de 2016, establece un nuevo régimen jurídico de los convenios administrativos, que viene a sustituir la regulación arcaica de la LRJPAC. La LRJSP ha introducido una nueva forma de regular los convenios administrativos en la legislación básica, que ha venido a sustituir a la que de forma fragmentaria e incompleta se recogía hasta la fecha en la LRJPAC. El régimen jurídico de la LRJSP se ubica en el capítulo sexto, “De los convenios”, situado en el título preliminar de la Ley: “Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público”. Nos gustaría apuntar que quedan al margen de esa regulación aquellos convenios que se celebran como terminación del procedimiento entre la Administración y un particular, e incluso entre Administraciones públicas (artículo 48.9 de la LRJSP), que es lo que el profesor BUSTILLO BOLADO¹ (2001:38) ha llamado “convenios de composición”. Este tipo de convenios siguen regulados casi en los mismos términos en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), concretamente en su artículo 86. Otro aspecto importante a destacar en relación con los convenios² administrativos se regula en los artículos 47 a 53 de la LRJSP, que hacen un total de siete artículos, más del doble respecto a lo que regulaba la LRJPAC, que contenía solo tres preceptos (artículos 6, 8 y 9), mucho más escuetos que en la LRJSP. Por tanto, la misma trata los convenios administrativos con mucha más amplitud, abordando de manera detallada el régimen de los convenios administrativos acorde a las recomendaciones del Tribunal de Cuentas en su Dictamen 878, de 30 de noviembre de 2010, centrándose dicha regulación en la perspectiva económico-financiera de los convenios, en especial en sujetar a límites todo aquello que pueda incidir en la estabilidad presupuestaria.

1. BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R. (2001:38). Señalan los autores que “la distinción contratos privados-contratos administrativos se configura en el derecho administrativo español como la ‘summa divisio’ de los contratos celebrados por las Administraciones públicas. La calificación de un determinado contrato como privado o como administrativo resulta una operación jurídica de vital importancia, puesto que de ella van a derivarse trascendentes consecuencias de régimen jurídico: singularmente la determinación del fuero jurisdiccional y la presencia de privilegios (en más y en menos) de poder público”.

2. HUERGO LORA, A. (1998:73). Señala el autor que “la proliferación de los convenios entre la Administración y los particulares no es en absoluto un acontecimiento neutral o intrascendente, del que no quepa sino levantar acta e intentar acomodarlo en una u otra categoría jurídica. Al contrario, la evolución de los convenios ha sido un claro indicador de las transformaciones del derecho público, contemplado este en el ‘ciclo largo’ que comienza con el derrumbamiento del ‘Estado’ romano y la progresiva reconstrucción del poder público llevada a cabo hasta nuestros días”.

La colaboración de las Administraciones con los particulares a través de convenios o los convenios entre Administraciones (convenios interadministrativos) se han ido sucediendo en los últimos años, y era necesaria una regulación como la que recoge la actual LRJSP. La actividad administrativa bilateral a través de los convenios administrativos ha hecho que la doctrina pusiese mucho empeño en que no se confundiera la categoría de contrato con la de convenio, cuestión muy importante desde nuestro punto de vista para distinguir perfectamente y de manera autónoma la regulación de los convenios administrativos. La regulación del contrato ha tenido un desarrollo progresivo en nuestro ordenamiento jurídico interno, sobre todo a raíz de las nuevas reformas del derecho de la Unión Europea, que han dado lugar a nuestra conocida 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. Anteriormente a esa Ley, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), ya regulaba con detalle casi reglamentario los contratos públicos. Por otra parte, la LRJPAC solamente contenía tres o cuatro preceptos en los que regulaba los convenios entre Estado y comunidades autónomas, en concreto en sus artículos 6 y 8, y por otro lado la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL), regulaba el convenio en que era parte la Administración local, y sin embargo marginaba sin regular los convenios celebrados con particulares. La única opción que existía era el artículo 88 de la LRJPAC, que regulaba de forma muy limitada la terminación del procedimiento administrativo a través de la figura convencional. Está claro que con ese panorama poco regulatorio de la figura convencional administrativa necesitábamos una reforma urgente y detallada como la regulada en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, respecto a los convenios administrativos. Y decimos esto porque los convenios administrativos, y especialmente los convenios urbanísticos como especialidad propia de los mismos, son figuras jurídicas a las que se dota de una gran practicidad y flexibilidad, siendo bastante útiles en determinadas actuaciones en que, aunque la Administración podría resolver unilateralmente, el hecho de pactar con el particular le genera un gran aspecto pacificador en relación con los intereses públicos en juego, y una buena disposición de las partes respecto a sus derechos y obligaciones. Por ello, consideramos que la regulación del convenio administrativo que introduce la LRJSP no contiene una gran preocupación por solventar el fondo de la figura convencional en relación con los derechos y las obligaciones bilaterales Administración-ciudadano, sino que lo que realmente quiere solventar son los problemas de déficit público y de estabilidad presupuestaria, en la misma línea que la Ley de racionalización del sector público local

del año 2013 (en adelante LRSAL). La reforma del régimen local básica de los convenios, abordada por el Estado, no pretende alumbrar una nueva modalidad de actuación administrativa consensuada, sino que lo que realmente persigue es potenciar un determinado modo de convenir, estableciendo límites mediante su regulación legal, especialmente cuando su ejecución tenga una importante repercusión económica. ¿Qué ha aportado *la LRJSP en relación con la regulación de los convenios administrativos*? Desde nuestro punto de vista, la regulación que recoge la LRJSP es una manera más concreta y autónoma de regular el convenio administrativo respecto a lo regulado por la LRJPAC en la que, como aspecto novedoso, queremos destacar que la LRJSP define el convenio administrativo, cosa que hasta la fecha brillaba por su ausencia. Ni la LRJPAC ni la LBRL como legislación básica aportaban ningún tipo de definición o concepto por los que debiera entenderse el convenio, aunque evidentemente no es tarea del legislador estatal dar con una definición de la figura del convenio administrativo, sino que es una función doctrinal. Por ello, consideramos que es de agradecer que la LRJSP defina la figura del convenio administrativo como *un negocio que resulta del acuerdo de voluntades entre dos o más partes, una de las cuales al menos es Administración pública, vinculándose estas con el objeto de alcanzar un fin común de interés público*.

Por otra parte, el acuerdo que se adopta en un convenio es vinculante para las partes, ya que tiene carácter contractual, lo que genera derechos y obligaciones entre las mismas. El convenio administrativo tiene un contenido regulador, pero sin ser norma jurídica, puesto que esta regulación solo produce efectos jurídicos entre las partes, no frente a todos, por lo que no debe confundirse en ningún momento con los contratos administrativos, en los que, previo concurso, se elige al mejor licitador de conformidad con unos pliegos de bases administrativas conforme a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Los convenios administrativos parten de la idea de pactar argumentos coincidentes entre partes suscribientes con la finalidad de servir al interés público común, cosa que no sucede en los contratos del sector público, ya que las prestaciones de obras y servicios con el empresario particular se hacen a cambio de una contraprestación, y del pago de un precio por la obtención de la misma. Llegados a este punto, debemos plantearnos cuál es el fundamento de la potestad de la Administración para celebrar convenios sobre actos y potestades administrativas. Y ello se encuentra regulado en la atribución de personalidad jurídica de la Administración, artículo 3.4 de la LRJSP, de la que se desprende la capacidad³ jurídica general de las Administraciones para celebrar convenios

3. En este sentido, AROZAMENA SIERRA, J. (1996:23-24), y BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R. (2001:110). Una exposición general de esta tesis, con referencia a

administrativos; es decir, dicho precepto es la norma general habilitante para que las Administraciones y los poderes adjudicadores puedan ser parte en los convenios administrativos. En nuestra opinión, aunque la LRJSP no habilitara expresamente a la Administración o los poderes adjudicadores para ser parte en los convenios, aquellos podrían igualmente celebrar convenios para el cumplimiento de sus fines en el ejercicio de sus competencias, en la medida en que pueden dictar actos administrativos o celebrar contratos, igual que se les presume una capacidad jurídica de derecho privado, además de la específica de derecho público⁴. Con todo ello, no queremos negar la sujeción de los convenios administrativos a ciertos límites legales, ni su utilización en el ejercicio de competencias atribuidas por ley, sino que a lo que queremos hacer referencia es a que el convenio, en tanto no suponga el ejercicio de potestades desfavorables, o ejercicio de autoridad, no requiere ninguna norma habilitante especial adicional para ser instrumento frecuentado por la Administración. Por ello, queremos dejar constancia de que el convenio es una técnica jurídica más al servicio de *fines públicos predeterminados por ley*, conforme al *principio de legalidad* en el ejercicio de la *potestad de autoorganización* de la Administración en su dimensión funcional. Consideramos que la LRJSP ha cambiado positivamente la regulación *parca* de los convenios administrativos, dotándoles de mayor seguridad jurídica, sobre todo respecto al concepto y a la potestad de las Administraciones para suscribir convenios, como normas habilitantes para el ejercicio y la potestad convencional. En los casos en que no exista regulación específica sobre convenios en el ámbito sectorial, nada impide que la Administración pueda celebrar convenios con particulares, en base a la habilitación o capacidad general que le supone el reconocimiento de su personalidad jurídica del artículo 3.4 de la LRJPAC, al menos siempre y cuando el convenio administrativo no estuviera incidiendo sobre el ejercicio

todos los contratos sobre actos y potestades, en *Los contratos*, capítulo VI. Por otra parte, la sentencia del TSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 6 de abril de 1992 (RGD, 589-590 [1993], págs. 11188, ponente: Trujillo Masely) sostiene que “el artículo 234 de la misma Ley del Suelo (TRLRHL de 1976) reconoce el carácter jurídico-administrativo de ese tipo de convenios y por lo tanto la capacidad municipal para concertarlos siempre que no sean contrarios al interés público o al ordenamiento jurídico, según el artículo 111 del Real Decreto Legislativo 781/1986 (el TRRL), de donde cabe deducir la adecuada actuación municipal al ordenamiento jurídico”.

4. Pueden encontrarse argumentaciones similares a favor de la potestad de la Administración para celebrar convenios, incluso a falta de habilitación legal expresa, en MARTÍN HUERTA, P. (2000:28) y SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2004:153-154). En particular, en LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I. (1996:414) se ha defendido que “el poder jurídico de realizar convenios administrativos deriva del principio de autonomía, entendiendo como un poder general garantizado por el ordenamiento jurídico a las Administraciones públicas para la gestión de sus respectivos intereses públicos, según criterios de legalidad y oportunidad”.

de potestades administrativas que implican *ejercicio de autoridad* o efectos desfavorables sobre los ciudadanos, en cuyo caso creemos que solo se podría en base a una *habilitación legal expresa*. Llegados a este punto, deberíamos plantearnos si no eran aplicables en esos supuestos los límites⁵ que se establecían en el derogado artículo 88 de la LRJPAC, cuando el convenio no fuera contrario al ordenamiento jurídico, no versase sobre materias no susceptibles de transacción, y tuviera por objeto satisfacer el interés público.

1.2

Principales diferencias entre contrato y convenio administrativo

Creemos interesante establecer un análisis preliminar de la regulación de los convenios en la LRJSP, estableciendo las principales diferencias entre los conceptos de convenio y contrato, lo que ha sido una de las grandes preocupaciones de nuestra jurisprudencia, tal y como se refleja en el *Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas de 30 de noviembre de 2010 (apartados II.2 y IV.1.^a)*. En primer lugar, debemos señalar que el contrato tiene un carácter oneroso, siendo el intercambio patrimonial entre las partes la causa o el fin del mismo, ya que, mediante el contrato celebrado entre la Administración y un empresario, la primera recibe la realización de una obra o la prestación de un servicio que repercute sobre el interés general, mientras el contratista de la Administración lo que obtiene es el pago de un precio que persigue con un legítimo ánimo de lucro. La Administración, pues, no es la finalidad o el objeto del convenio lo que realmente persigue, sino el logro de una finalidad pública a la que el particular coadyuva, y no pretende obtener ventaja de tal colaboración, o si la pretendiera, esta no es la determinante de la relación⁶. El convenio administrativo se celebra *intuitu personae*, es decir, en atención a las características de la persona que lo celebra; en el caso de los convenios urbanísticos de planeamiento, son determinados propietarios de suelo cuyos terrenos interesan a la Administración para realizar algún tipo de actuación de transformación urbanística. Esta nota característica del convenio es contraria a uno de los principios definitorios de la contratación pública, la libre concurrencia, que permite, en principio y en mayor o menor medida, a cualquier persona colaborar con la Administración, sin perjuicio de los beneficios de

5. Lo mismo podría haberse inferido de las limitaciones a la libertad de pactos de los contratos del sector público recogidas en el art. 25.1 del TRLCSP, que también tienen carácter principal, aunque estas no sean directamente aplicables a los convenios, en cuanto excluidos del TRLCSP.

6. Esta es la tesis que se defiende en SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2004:109).

la publicidad y la transparencia, principios generales que se deben aplicar a los convenios, aunque para su celebración no se exija licitación⁷. Por último, destacar que en los convenios administrativos las partes se encuentran en posición de igualdad; es decir, cuando pacta con un particular, la Administración no ejerce la potestad *imperium* sobre el mismo. De tal forma que, más allá de que pueda existir o no una cierta presión en sumarse a un convenio propuesto por una Administración pública, lo cierto es que, en la relación que sigue a la celebración del mismo, el particular no está sujeto a las prerrogativas administrativas, como sucede en la legislación contractual.

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, también regula en el capítulo sexto (de los artículos 47 a 53) los convenios. El artículo 47 los define como “acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común”. Vemos que este precepto regula los convenios en general como acuerdos de Administraciones y otros entes del sector público con particulares, entre ellos los *poderes adjudicadores, como organismos de derecho público que no tengan en su actividad principal un fin mercantilista*. Este precepto permite acuerdos con particulares, ya que su misión es regular acuerdos generales con los particulares sin especificar la materia que deben tratar, ya que, por ejemplo, la regulación de los convenios urbanísticos es propia del ámbito de la legislación urbanística⁸ tanto estatal como autonómica, y la norma estatal que habilita a las Administraciones para contratar es la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público. Sin embargo, consideramos que, a todo aquello que no esté regulado en la legislación urbanística o en la Ley de Contratos del Sector Público o cualquier otra Ley de carácter sectorial, supletoriamente se le puede aplicar la Ley 40/2015 en el capítulo sexto, dedicado a los convenios administrativos, al menos en los aspectos generales de los mismos.

La doctrina ha celebrado por fin la confección de un régimen jurídico general de los convenios, con ocasión de la aprobación de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)⁹. Desde entonces, han sido numerosos autores los que han dejado de criticar la ausencia

7. Es obvia la aplicación del principio de transparencia en la estela de las recientes leyes de transparencia que contemplan en todo caso la publicación de los convenios entre las obligaciones de publicidad activa, como puede verse en el art. 8.1.b) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, pero también en las leyes autonómicas correspondientes.

8. GÓZALEZ PÉREZ, J. (1993:1343); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, S. (1997:168).

9. BUSTILLO BOLADO, R. O. (2017:89); SÁNCHEZ SÁEZ, A. J. (2016:169).

de una regulación legal de la actividad convencional, que hasta la entrada en vigor de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, se residenciaba exclusivamente en la posibilidad de celebrar convenios entre personas jurídico-públicas (art. 6 de la LRJPAC) y en la terminación convencional del procedimiento administrativo (art. 88 LRJPAC), así como en la necesidad de establecer un adecuado marco legal para la utilización del convenio de colaboración por las Administraciones públicas.

Por otra parte, el artículo 47 de la LRJSP señala expresamente que los convenios “no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos”, porque, en tal caso, “su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público”. Ello lo debemos relacionar como ya hemos comentado, de manera coherente, con lo establecido en el art. 6.2 de la LCSP, que excluye expresamente de su ámbito de aplicación a “los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”¹⁰. Por consiguiente, la principal diferencia entre convenio y contrato es que el convenio no puede englobar prestaciones propias de los contratos, y la LCSP excluye de su ámbito de aplicación aquellos convenios cuyo objeto se haya comprendido en la LCSP o en normas administrativas especiales. El artículo 2 de la LCSP comprende los contratos que o bien sean onerosos –cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3– o bien sean subvencionados por entes, organismos y entidades del sector público y celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23.

Centrándonos en el dato de la onerosidad, habrá que destacar que, allí donde el instrumento jurídico articule la realización de una obra o la prestación de un servicio del particular a cambio de un pago de la Administración, existirá contrato y no convenio. Dicho de otra manera, el ordenamiento jurídico reserva el convenio para aquella actuación en la que confluyen los intereses de la Administración y de la persona física o jurídica privada: se trata de intereses particulares que resultan de interés público¹¹. Parte de la doctrina considera que en el contrato es muy relevante la posición de supremacía de la

10. Esta exclusión es considerablemente más amplia que la propia del TRLCSP, cuyo art. 4.2.d) se refería a los convenios de la Administración, mientras que la vigente LCSP amplía la exclusión a los convenios que celebren las entidades del sector público, que –con arreglo al art. 3 del mismo texto legal– afecta a todas las entidades que se sometan a su ámbito subjetivo de aplicación.

11. ÁVILA ORIVE, J. L. (2002:200).

Administración¹², mientras que en el convenio la situación es más de igualdad, por tratarse de un acuerdo de voluntades¹³. Esta igualdad es más teórica que real, porque la Administración impone un clausulado innegociable, si bien es cierto que el convenio se enmarca dentro del principio de colaboración del art. 4.1 LRJSP. En cualquier caso no puede prescindirse de la idea de colaboración como peculiaridad definidora de los convenios, pues de otro modo no existiría pauta de distinción entre estos y los contratos especiales o atípicos¹⁴. Sea como fuere, en el convenio anida un acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos entre los sujetos intervinientes, una obligación de dar o hacer, que hasta aquí coincide con la naturaleza contractual, si bien dicha obligación no tiene por causa “la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte” (art. 1274 CC), lo que lo situaría en el ámbito de los contratos onerosos sujetos a la LCSP. La causa de la aportación será la consecución de un fin común a los sujetos que convienen, que siempre será un fin de interés general, porque en caso contrario no participaría la Administración. A este fin común concurren Administración y particular desde un escenario de mera colaboración¹⁵, al contrario de satisfacción de necesidades clientelares de la Administración o gestión de servicios públicos propios de los contratos¹⁶. La pregunta obligada consiste en este punto en cuál es la calificación jurídica de un convenio que encierra un objeto netamente contractual, y la respuesta no es otra que la nulidad radical¹⁷. Por consiguiente, y en el conflicto entre la legalidad y la conservación de los actos, ante un acto viciado de nulidad habrá que aplicar la primera sobre la segunda, y revisar de oficio el convenio, con el fin de expulsarlo del ordenamiento jurídico¹⁸.

La vinculación jurídica entre el contrato y el convenio se ha reducido a la mínima expresión en la LCSP, por cuanto ha desaparecido de la redacción del art. 6.2 LCSP la previsión que contenía el art. 4.1.d TRLCSP de que el convenio debía contar con una norma específica que lo regulara. De la regulación anterior en el TRLCSP (art. 4.2), solo se mantiene en la LCSP la aplicación a los convenios de los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse. Como hemos anticipado, en la LCSP ha desaparecido la necesaria autorización del Gobierno para celebrar

12. MORENO MOLINA, J. A. (2008:23).

13. DIEGO GÓMEZ, A. DE (2015:2757).

14. PANIZO GARCÍA, A. (1995:925).

15. A esta idea de colaboración apela FERNÁNDEZ FARRERES, S. (1995:1683). También se refiere al “escenario de colaboración mutua que satisface intereses públicos y privados simultáneamente” DELGADO PIQUERAS, F. (1995:133).

16. BASSOLS COMA, M. (1977:92).

17. HUERGO LORA, A. (1998:183).

18. SORIANO GARCÍA, J. E. (2013: 427-491).

convenios con particulares, que el objeto del convenio consistiera en el fomento de la realización de actividades económicas privadas de interés público, así como la aplicación supletoria de las reglas sobre preparación, adjudicación y efectos del contrato de gestión de servicios públicos. De toda esa previsión no queda sencillamente nada, sino una simbólica aplicación de los principios informadores del derecho de la contratación pública a los meros efectos de resolver dudas y colmar lagunas. La pregunta obligada en este punto consiste en si la LRJSP constituye una norma habilitante para suscribir un convenio. Entendemos que no es así, y que la LRJSP se limita a contemplar un régimen jurídico general aplicable a los convenios, pero en modo alguno habilita a una Administración o entidad de derecho público a suscribir un convenio con un determinado particular y no otro, con una aportación presupuestaria y no otra, para un objeto y no otro. Sin embargo, del convenio interadministrativo no resulta exigible la norma habilitante como del propio con particulares, dado que en este último no puede considerarse ajustada al ordenamiento jurídico, sin un adecuado respaldo legal, la celebración de convenios con particulares que impliquen la concesión de ayudas singulares o un trato privilegiado a determinadas personas físicas o jurídicas, por ser frontalmente contrarias al principio de igualdad ante la ley. En este sentido no puede predicarse de los convenios el principio de libertad de pactos del art. 34 LCSP, y sin embargo la práctica diaria se encuentra plagada de convenios de colaboración que esconden auténticos contratos, tramitados al margen de la legislación contractual. En materia de requisitos de validez¹⁹ y eficacia y contenido de los convenios, los

19. Sentencia TSJ Andalucía (Sevilla) de 13 de enero de 2000 (RJCA 2000, 231). Señala la sentencia que, “si bien es cierto que los convenios urbanísticos carecen por sí mismos de validez y obligatoriedad, sin embargo (como dice el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de diciembre de 1993), en cuanto se incorporan a un Plan y son aprobados en el conjunto de este, gozan y corren la misma suerte que el Plan, no siendo nulos más que cuando sus determinaciones lo son. Y ello aparte de que en la Memoria del Plan, se razona con precisión la necesidad de reordenación de dichos terrenos; así, la justificación prevista en la misma en cuanto al establecimiento de las infraestructuras necesarias, mantenimiento del equipamiento, zonas verdes, etc., no es sino la culminación del proceso que fue iniciado en 1986 y, que tras varias vicisitudes, se vio culminado en 1994, con todos los controles oportunos para ello. De otro lado, es doctrina absolutamente consolidada en la Sala Tercera del Tribunal Supremo Sentencia de 16 de abril 1998 (RJ 1998, 3358, por todas), que el ejercicio del ‘ius variandi’ que le corresponde a la Administración Urbanística en la ordenación del suelo, ‘es materia en la que actúa discrecionalmente –que no arbitrariamente– y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución; de tal suerte, que el éxito alegatorio argumental frente al ejercicio de tal potestad, en casos concretos y determinados, tiene que basarse en una clara actividad probatoria que deje bien acreditado que la Administración al planificar, ha incurrido en error o al margen de la discrecionalidad, o con alejamiento de los intereses generales a que debe servir, o sin tener en cuenta la función social de la propiedad, o la estabilidad

artículos 48 y 49 LRJSP exigen que se identifiquen el objeto del convenio, las obligaciones y compromisos económicos de cada una de las partes, y los mecanismos de seguimiento, vigilancia y control. No obstante, no es menos cierto que esta genérica declaración ofrece no pocos problemas de concreción. Así, no es infrecuente que el objeto del convenio²⁰ adolezca de escasa especificación o que resulte sumamente genérica la descripción de las actividades a realizar por el particular; no se explica el montante del importe a satisfacer por la Administración, normalmente negociado en los despachos; en muchas ocasiones la ejecución de un convenio se pierde en el tiempo, más allá de una legislatura con otros gestores públicos. Y en cualquier caso, insistimos, falta una norma habilitante que permita suscribir un convenio, que sería la que garantizaría los principios informadores de la contratación del sector público: publicidad, transparencia, concurrencia, igualdad y no discriminación (art. 1 LCSP). Ciertamente la concurrencia competitiva no deja de ser un axioma meramente nominal, cuando en la actividad convencional no se realiza actuación alguna tendente a dar publicidad o a promover la concurrencia de sujetos distintos de aquellos con los que se suscribe el convenio. Por último debe advertirse que la inaplicación de la legislación de contratos a un organismo público no es óbice para que pueda celebrar convenios a capricho. En este sentido el Informe 3/2013, de 29 de julio de 2013, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana entiende que el *Consortio Calpe Tourism*, constituido en un 40 % por participación pública y en un 60 % por participación privada, no está sometido a la legislación de contratos del sector público a excepción de los contratos que celebre en los que mediere subvención pública, si bien deberá cumplir con lo establecido en la LGS en cuanto le sea de aplicación a los contratos que celebre y para los que exista subvención pública, debiendo estarse al principio de buena administración de los recursos públicos.

y seguridad jurídica, o con desviación de poder, o falta de motivación en la toma de sus decisiones'. Pues bien, en el caso enjuiciado, aunque la pericial practicada a instancia de la parte recurrente pone de manifiesto que las parcelas de los actores tienen las mismas características que la del Ayuntamiento, sin que existan diferencias que pudiesen motivar distinta calificación urbanística; sin embargo, ello es insuficiente para declarar la nulidad del PGOU que pretende, toda vez que, como se ha dicho, la distinta calificación resultante deviene del Convenio Urbanístico firmado por el Ayuntamiento con el Ministerio de Defensa en 1989 y que fue introducido en el Plan General mediante la modificación puntual del mismo, aprobada por la CPU el 1 de febrero de 1990, y que quedó firme al no haber sido recurrido en tiempo y forma: Con lo que no cabe ahora pronunciarse sobre lo alegado por los actores en su escrito de Conclusiones, respecto a la reversión a que se refieren".

20. Véase sobre la distinción SOLAS RAFECAS, J. M.^a DE (1990).

1.3

Análisis dogmático de los protocolos de actuación. ¿Son verdaderos convenios administrativos?

El artículo 47 de la Ley 40/2015 regula positivamente los efectos de los acuerdos o convenios, no teniendo dicha consideración convencional los “protocolos generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general”, siempre que no supongan la formalización de compromisos concretos y exigibles. Además, dicho precepto deja ya claro que los convenios no podrán tener por objeto “prestaciones propias de los contratos”, ya que en tal caso su naturaleza y régimen jurídico se ajustarán a lo previsto en la legislación de contratos del sector público. Hemos de señalar que en la definición que la LRJSP nos otorga de los convenios administrativos no se concretan los efectos jurídicos del convenio, que desde nuestro punto de vista serían la vinculación de las partes al contenido del convenio; aunque no se diga expresamente en la definición de la LRJSP, sí se deduce del párrafo segundo del artículo 47.1 de la LRJSP, donde se señala que los protocolos generales de actuación no son convenios, precisamente porque no suponen “la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles”. No es el único precepto del que esto se deduce, ya que en los apartados 4 y 5 del artículo 48 de la LRJSP también se hace referencia a los convenios que incluyan “compromisos financieros”. Dado que el convenio administrativo supone la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles, las letras c), d) y e) del artículo 49 de la LRJSP recogen como partes del contenido del convenio las “actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento”, las “obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes” y las “consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes”; y el artículo 51.2.c) de la LRJSP prevé la resolución del convenio por “incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por parte de alguno de los firmantes”. A su vez, el artículo 47.1 de la LRJSP, tras definir los convenios administrativos, aborda la tarea de delimitarlos respecto a otras figuras afines; como veremos más adelante, HUERGO LORA califica con los mismos efectos que los convenios los acuerdos e intenciones asumidos por las partes cuando se trata de convenios en materia de planeamiento. Quizás estos acuerdos o protocolos a los que el profesor HUERGO LORA otorga efectos jurídicos, como una posible calificación de convenio de planeamiento, tengan ahora un sentido diferente con la entrada en vigor de la LRJSP, pues la misma Ley señala no son convenios “los protocolos generales de actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de

contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común”. Pues bien, esa falta de carácter vinculante es lo que permite distinguir el protocolo del convenio, pues aún queda más claro cuando en el mismo párrafo se añade, por parte del artículo 47 de la LRJSP: “siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles”, pues es obvio que en tal caso, aunque las partes lo denominen protocolo, el contenido material del mismo nos lleva a la figura convencional. La decisión que toma el legislador estatal en la LRJSP de no considerar convenios a los protocolos generales es algo importante, porque en el anterior artículo 6.4 de la LRJPAC los protocolos sí que se consideraban convenios, sobre todo en el ámbito urbanístico, como futuros acuerdos a emprender sobre el contenido de una norma reglamentaria como es el futuro planeamiento. Por ello, creemos que aquellas clásicas divisiones que el profesor HUERGO LORA²¹ (1998:28) hacía de los convenios urbanísticos de planeamiento, como *acuerdos de intenciones* o *protocolos*, no se pueden considerar –de acuerdo con la Ley actual– convenios administrativos, siempre y cuando una legislación sectorial en el ámbito urbanístico no diga lo contrario. En este sentido, se produce un importante cambio en la LRJSP respecto al contenido normativo anterior, teniendo como consecuencia que a los protocolos generales no serán de aplicación las normas que sobre los convenios establecen los artículos 47 a 53 de la LRJSP.

1.4

Aspectos de *lege ferenda* en relación con la figura de los convenios administrativos

Desde nuestro punto de vista, debemos negar que los convenios solo tengan en exclusiva naturaleza contractual. En primer lugar, porque la Ley 9/2017 los exceptúa de la legislación contractual, y además porque el artículo 47 de la Ley 40/2015 ya separa claramente la naturaleza de los convenios de la de las prestaciones contractuales, aunque no descartamos aplicar supletoriamente la legislación contractual cuando se dude de la habilitación propia de la Administración

21. HUERGO LORA, A. (1998:28). Señala el profesor HUERGO LORA que “los convenios pueden merecer calificaciones muy diversas: acuerdos de intenciones, actos unilaterales necesitados del consentimiento de su destinatario o aceptados por este, contratos administrativos, contratos sobre actos y potestades administrativas o contratos de derecho privado. Ello se debe a que el término ‘convenio’ no tiene un significado jurídico preciso. Al contrario, su utilidad radica en que permite designar a un acuerdo de voluntades sin necesidad de pronunciarse sobre su naturaleza jurídica”.

o del poder adjudicador para suscribir convenios, a efectos también de aplicar los principios indemnizatorios contractuales en caso de incumplimiento de lo pactado con los particulares. Quizás sería interesante, por ello, exponer algunas cuestiones jurídicas *de lege ferenda* en relación con la normativa en materia de actividad convencional que la LRJPAC regula, hasta llegar a las argumentaciones más extensas que la actual LRJSP contempla. Hay que destacar que el convenio con un particular queda reducido a establecer un marco de colaboración para llevar a cabo una actuación en respuesta a *objetivos compartidos*. Por ello, queremos matizar que el convenio ni es un contrato en que las partes tengan un interés patrimonial, ni por supuesto consiste en una subvención por parte de la Administración que transfiere fondos como contraprestación a favor de un sujeto, financiándole una actividad. Los convenios administrativos que afectan a particulares pueden de alguna manera poner en duda la línea de flotación de los principios informadores e inspiradores de la contratación del sector público. Por ello, deberían contar en primer lugar con una norma habilitante y clara, es decir, que el legislador debería prever en qué supuestos la Administración puede negociar con un particular un convenio administrativo, siempre con el objetivo de fomentar actividades económicas privadas de interés general. A continuación, sería importante regular un elemento de publicidad previa y transparente que permita a los particulares que se encuentran en condiciones de realizar aquella actividad que necesita la Administración en el momento de suscribir el convenio ofrecer los servicios, al objeto de valorar aquellos que satisfacen más ampliamente el interés general, sin que por supuesto dicho método sea aplicar los principios de publicidad y concurrencia de la legislación contractual, ya que los convenios administrativos quedan excluidos de la legislación contractual. Por supuesto, todo ello debe conllevar también que los convenios administrativos definan detalladamente cuáles son los derechos y las obligaciones de las partes que los suscriben, ya que cuanta mayor claridad tenga el convenio con más énfasis podremos defender que nada tiene que ver su naturaleza con la de un contrato de la Administración, pues cuando se efectúan descripciones ambiguas o existen conceptos jurídicos indeterminados en relación con el objeto del convenio, pierde seguridad jurídica la delimitación objeto del contrato, y, por lo tanto, pierde fuerza jurídica el convenio.

1.5

El contenido de los convenios administrativos

Para finalizar este apartado, debemos hacer referencia al contenido mínimo de los convenios administrativos. El artículo 49 de la LRJSP enumera los cri-

terios que deben formar parte del contenido mínimo del convenio administrativo. Este precepto tiene su origen en el derogado artículo 6.2 de la LRJPAC, con algunas novedades significativas que intentaremos explicar a continuación. La primera novedad radica en que el nuevo precepto legal despeja las dudas que hubiera podido plantear el artículo 6.2 de la LRJPAC sobre si el contenido establecido por la Ley tenía o no el carácter de dispositivo, puesto que se contemplaba la expresión “cuando así proceda”. El nuevo artículo 49 de la LRJSP señala que los convenios “deberán incluir al menos las siguientes materias”, por lo que, como puede contemplarse, se trata de un contenido mínimo, lo que implica que es susceptible de ser ampliado por las partes que suscriben el convenio. Por otra parte, pensamos que en la descripción que se hace del listado del artículo 6.2 de la LRJPAC procede el nuevo artículo 49 de la LRJSP, ya que ha precisado con mayor grado de detalle aquellos elementos del contenido de fondo del convenio que tienen que ver con las obligaciones de las partes, especialmente las obligaciones o los compromisos de carácter económico. Ello es reflejo del Dictamen 878 del Tribunal de Cuentas de 30 de noviembre de 2010, con algunas de cuyas propuestas coincide la Ley. Sobre el contenido mínimo de los convenios administrativos nos remitimos a la lectura del artículo 49 de la LRJSP.

2

Los convenios administrativos en la LCSP 2017

2.1

Novedades de la LCSP 2017 en relación con la figura del convenio

En relación con los contratos públicos, la primera cuestión que cabría formularse es si es posible la firma de un convenio administrativo de colaboración de los previstos en los números 1 y 2 del artículo 6 de la LCSP para acometer cualquiera de los contratos definidos por este texto legal²². Así, la LCSP se aplica a todos los contratos celebrados por los sujetos incluidos dentro del ámbito subjetivo que fija esta norma en su artículo 3, exceptuando los negocios y las relaciones jurídicas que se excluyen en los artículos 5 a 11, los cuales, y según el artículo 4, se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de la citada Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran

²². Para conocer en profundidad los distintos convenios de colaboración entre personas públicas y entre personas públicas y privadas, y también las encomiendas de gestión, véase PASCUAL GARCÍA, J. (2010:79).

presentarse. Uno de los supuestos de exclusión que plantea dicha Ley es el que contempla en el apartado 1 del artículo 6, que especifica la no aplicación de la Ley a “los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades públicas, las comunidades autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, las entidades locales, las entidades con personalidad jurídico-pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico-privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador”.

De este modo se busca limitar la utilización de los convenios, de forma que no puedan ser utilizados cuando la prestación a desarrollar esté comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, o de la LCSP. En definitiva, se busca evitar la huida del derecho de la contratación pública y de los principios y procedimientos que este impone para contratar. Del tenor literal del citado apartado 1 del artículo 6, así como del apartado 2 del mismo precepto, que excluye, a su vez, de la aplicación de la Ley “los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales”²³, se desprende que el elemento decisivo que permitirá considerar o no sujetos a la LCSP los convenios celebrados por las entidades públicas, ya sea con personas públicas o privadas, será el que su contenido sea propio de cualquiera de los contratos definidos por esta norma o en normas administrativas especiales. Por consiguiente, no es la denominación que las partes intervinientes otorguen al negocio jurídico objeto de controversia la que determina el régimen jurídico que ha de regular el mismo, sino que es la verdadera naturaleza del negocio jurídico a realizar la que permite prescindir de los principios generales y procedimientos que marca la LCSP para la contratación pública, siendo intrascendente en estos casos –y esto es importante destacarlo– el umbral económico a efectos de su sometimiento o no a una regulación armonizada²⁴. Estando, por tanto,

23. Sobre este tipo de convenios de colaboración con personas físicas o jurídicas privadas véase el estudio realizado por MUÑOZ ZAPATA, D. (2014:92-107).

24. Sobre la diferenciación de estos umbrales a efectos de aplicar un régimen jurídico u otro se pronunciaba en su día la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 15/07, de 26 de marzo de 2007, y lo hacía de conformidad con la redacción, vigente y aplicable al caso concreto en aquel momento, del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP). La cuestión sometida a consulta era la posible consideración como medio propio de unos ayuntamientos de la sociedad mercantil Avance Local, S.L., cuyo capital social

incluido el objeto del supuesto convenio dentro de la delimitación de los tipos contractuales que realizan los artículos 13 a 18 de la LCSP, habría de concluirse que el correspondiente negocio jurídico se encontraría englobado dentro del artículo 2.1 del TRLCSP, el cual establece lo siguiente: “Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”. Por consiguiente, ello supone que estos negocios jurídicos no pueden equipararse a los convenios de colaboración a que se refieren los apartados 1 y 2 de la LCSP, a los efectos de la dispensa de someterse a los principios generales y procedimientos establecidos en esta norma, en la forma y los términos previstos en la misma²⁵. El problema es que, en ocasiones, se ha venido produciendo un uso indebido de los convenios administrativos, derivado no solo de la ausencia, hasta su recepción en el artículo 47 de la LRJSP, de una definición legal de los mismos, sino también de la inexistencia de una idea doctrinal firme del concepto de este negocio jurídico, cuestión esta que ha dado lugar a no pocos pronunciamientos

pertenecía a una mancomunidad de municipios en la que aquellos participaban, de forma que la Junta Consultiva dispuso que entre los ayuntamientos que componen la Mancomunidad y la citada sociedad “no caben convenios de colaboración que tengan por objeto contratos de obras, suministro, consultoría y asistencia o servicios superiores a los umbrales comunitarios (artículo 3.1 letra c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), ni tampoco por aplicación del artículo 3.1 letra d) de la misma Ley”. Lo que demuestra que la aplicación de un régimen jurídico u otro en aquel momento, para el caso de los convenios, derivaba en parte del umbral económico de lo que hoy conocemos como “contratos sujetos a regulación armonizada”, y es que la redacción dada al artículo 3.1, letra c), del TRLCAP por el artículo 34 del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, cuya entrada en vigor se produjo el 15 de marzo de 2005, disponía expresamente lo siguiente: “Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí, siempre que la materia sobre la que verse no sea objeto de un contrato de obras, de suministro, de consultoría y asistencia o de servicios, o que siendo objeto de tales contratos su importe sea inferior, respectivamente, a las cuantías que se especifican en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2”.

²⁵. Un ejemplo reciente lo constituye el Informe 5/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el que el presidente de la Comarca del Maestrazgo (Teruel) solicita a esta Junta informe sobre si las actuaciones de electrificación en masías rurales contempladas en el marco de un convenio pueden articularse a través de esta figura jurídica, o si por el contrario deben someterse plenamente al ahora derogado TRLCSP, al incardinarse objetiva y subjetivamente en su ámbito de aplicación. A lo que la Junta de Contratación concluye taxativamente que “1. No es posible suscribir convenios cuyo objeto se halle comprendido en el ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP. II. No existe duda alguna,... acerca de que la realización de las infraestructuras básicas de energía eléctrica, para dar respuestas a las necesidades actuales de la Comarca, constituye el objeto de un contrato típico de obras, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP”.

judiciales sobre la cuestión, siendo dicha jurisprudencia la que ha venido a marcar definitivamente los límites y las fronteras del uso permisible que de los convenios administrativos se puede hacer. Un ejemplo de lo anterior es el que nos pone la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*²⁶, donde se discutió sobre la naturaleza de un convenio del Ayuntamiento de Roanne (Francia) con una sociedad mercantil de capital mixto (*Société d'équipement du département de la Loire –SEDL–*) para la creación de un centro de ocio en tramos sucesivos, concluyendo el TJUE que un convenio mediante el cual una primera entidad adjudicadora encarga a una segunda entidad adjudicadora la realización de una obra constituye un contrato público de obras, ya que recuerda que la Directiva 2004/18 no permite dejarla inaplicada en los contratos públicos de obras formalizados entre dos entidades adjudicadoras, aun en el caso de que la entidad “contratada”, la SEDL, subcontrate la totalidad de la ejecución de esas obras, aplicándose para ello las garantías y los procedimientos de la normativa sobre contratos públicos. Otro ejemplo en la sentencia *Correos*²⁷, en la que se analiza un convenio de colaboración indefinido en el tiempo con el fin de prestar los servicios postales y telegráficos entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte español y la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., sociedad que es el proveedor del servicio postal universal en España; el Alto Tribunal Europeo calificó este convenio de relación contractual, porque, según los apartados 53 y 54 de la sentencia: “El mero hecho de que Correos no disponga de libertad alguna ni en lo que atañe a la aceptación y ejecución de los encargos del Ministerio ni en cuanto a la tarifa aplicable a los servicios que presta no puede tener como consecuencia automática el que no se haya celebrado ningún contrato entre ambas entidades. En efecto, tal situación no es necesariamente diferente de la que existe cuando un cliente privado quiere utilizar los servicios de Correos que forman parte del servicio postal universal, puesto que del propio cometido del proveedor de este servicio se desprende que, en tal supuesto, también está obligado a prestar el servicio solicitado, y ello, en su caso, a tarifas fijas o, de todos modos, a tarifas transparentes y no discriminatorias. Pues bien, no cabe duda alguna de que tal relación debe calificarse de contractual. Tan solo en el supuesto de que el convenio celebrado entre Correos y el Ministerio fuera en realidad un acto administrativo unilateral que impusiera obligaciones exclusivamente a cargo de Correos, acto que se apartaría sensiblemente de las condiciones normales

²⁶. Sentencia de 18.01.2007, asunto C-220/05, *Jean Auroux y otros contra Commune de Roanne*, Rec. p. I-385.

²⁷. Sentencia de 18.12.2007, asunto C-220/06, *Correos*, Rec. p. I-12201.

de la oferta comercial de dicha sociedad..., podría llegarse a la conclusión de que no existe contrato”.

2.2

Trato jurisprudencial de los convenios de colaboración en la LCSP

En cuanto a la posibilidad de que ese convenio de colaboración se tratara de una relación *in house*, el TJUE lo niega igualmente, al decir que, según jurisprudencia reiterada, de conformidad con las directivas relativas a la adjudicación de contratos públicos, la licitación no es obligatoria, aunque la otra parte contratante sea una persona jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora, cuando se cumplan los dos requisitos *Teckal*, siendo que “un convenio de colaboración como el controvertido en el litigio principal no cumple el segundo de los requisitos mencionados en el apartado anterior (que realice la parte esencial de su actividad con el ente o entes públicos que lo controlan) y no puede, por ello, quedar al margen de la aplicación de las normas enunciadas en los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE [Tratado de la Comunidad Europea], así como de los principios generales de los que constituyen expresión específica” (apartados 58 y 87 de la sentencia)²⁸. En definitiva, en el asunto Correos el Alto Tribunal Europeo deja claro que no nos encontramos ni ante un convenio de colaboración, que era el negocio jurídico sometido a juicio, ni ante un encargo o encomienda de gestión, sino ante un contrato administrativo en puridad sometido a las garantías, procedimientos y régimen jurídico aplicables a los mismos. También encontramos pronunciamientos judiciales nacionales respecto de la misma problemática, entre los que se puede citar, a modo de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo 1066/2004, Sala 3.ª, Sección 4.ª, de 18 de febrero de 2004, en la que se juzga la legalidad de un convenio de colaboración firmado el 6 de octubre de 1995 por el *conseller* de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Generalitat de Cataluña y el Grupo de Sanidad Porcina de Lleida para la creación de la unidad sanitaria porcina de Lleida, no cabiendo duda para el Tribunal Supremo, conforme al F.J. sexto, de que el objeto del concierto pactado “se encuentra incluido en el apartado b) del artículo 5.º de la Ley de Contratos del Estado y que no puede equipararse

²⁸. En este mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Supremo 1916/2012, Sala Tercera, Sección 7, de 20 de marzo de 2012, en la que, con base también en la STJUE *Correos*, de 18.12.2007, asunto C-220/06, se declara la nulidad de un convenio de colaboración entre Ministerio de Interior y Correos, por cuanto su objeto no se limita a la prestación de servicios reservados en exclusiva a dicha Sociedad, haciéndolo por tanto propio de una relación contractual.

a los convenios de colaboración con particulares a que se refiere el apartado d) del artículo 3.º de la misma Ley, a los efectos de dispensa de someterse a los principios establecidos en su artículo 11”.

O también la sentencia del Tribunal Supremo 2489/2005, Sala Tercera, Sección 4, de 22 de abril de 2005, que se refiere a un convenio administrativo del Ayuntamiento de Torrent con una empresa mixta en la que participa el propio Ayuntamiento, con el fin de suministrar el servicio de agua potable y alcantarillado en el municipio de Picanya, y donde el Tribunal Supremo refiere en el F.J. séptimo *in fine* que “ante una sociedad mixta como la aquí constatada no cabe entender existente una gestión directa del servicio sino una indirecta. La suscripción de un convenio interadministrativo incorporando a nuevos municipios como beneficiarios de la gestión del ciclo integral del agua en sus respectivos términos municipales por una sociedad mixta creada con un objeto limitado al término municipal de Torrente constituye una conducta elusiva del respeto a los principios de libertad de competencia y transparencia reiteradamente manifestados como esenciales [en los contratos públicos]”.

La gestión o ejecución por una Administración de prestaciones cuya competencia corresponde a otra Administración se realizará generalmente mediante un convenio de colaboración para la gestión directa de los servicios de esa otra Administración, pero no será así y habrán de respetarse los principios y las normas reguladoras de la contratación pública cuando el sujeto que vaya a asumir los citados servicios lo haga a través de la gestión indirecta, como es el caso de las empresas mixtas. Pero es que los problemas con los convenios de colaboración ya venían de largo, con anterioridad incluso a su aplicación práctica, porque el motivo de otra sentencia del TJUE, la de 13 de enero de 2005, *Comisión vs. España*²⁹, no era otro que un recurso presentado por la Comisión en el que solicitaba al Tribunal que declarara que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de las disposiciones del Tratado de la Comunidad Europea y de las directivas 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, al no haber adaptado correctamente el ordenamiento jurídico interno a las citadas directivas, excluyendo de forma absoluta del ámbito de aplicación del TRLCAP –en el artículo 3, apartado 1, letra c)³⁰– los convenios de colaboración que celebraran las Ad-

29. Sentencia de 13.01.2005, asunto C-84/03, *Comisión vs. España*, Rec. p. I-142.

30. El tenor literal del artículo 3, apartado 1, letra c) de este texto refundido excluía, en aquel momento, de su ámbito de aplicación “los convenios de colaboración que celebre la

ministraciones públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyeran contratos públicos a efectos de dichas directivas. Tal y como se puede observar, la problemática de los convenios de colaboración en España tenía su inicio en el propio desarrollo normativo, por cuanto el TJUE concluyó que esta normativa de transposición constituía una adaptación incorrecta del derecho interno español a las directivas 93/36 y 93/37, dado que excluía “a priori del ámbito de aplicación del texto refundido las relaciones entre las Administraciones públicas, sus organismos públicos y, en general, las entidades de derecho público no mercantiles, sea cual sea la naturaleza de estas relaciones” (apartado 40 de la sentencia). En definitiva, no se pretendía otra cosa por el legislador español en los tres casos objeto de autos en la sentencia que huir del derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos generalmente aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento por el Estado español en la normativa de transposición³¹. Sin embargo, para la LCSP no basta con que el convenio tenga un contenido no incluido en ninguno de los contratos regulados en la misma, sino que, como trasposición de la Directiva 2014/24/UE³², establece en las letras a), b) y c) de su artículo 6.1 unas condi-

Administración General del Estado con la Seguridad Social, las comunidades autónomas, las entidades locales, sus respectivos organismos autónomos y las restantes entidades públicas o cualquiera de ellos entre sí”, sin más. Redacción que estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2005, con la entrada en vigor de la modificación operada en el precepto por el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública.

31. En esta sentencia el Estado español fue sancionado:

- al excluir del ámbito de aplicación del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, “texto refundido”), en concreto en el artículo 1, apartado 3, a las entidades de derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas directivas;
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del texto refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c) de este, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas directivas, y
- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del texto refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas directivas.

32. El artículo 12.4 de la citada Directiva indica lo siguiente:

Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:

a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;

ciones –que se deben cumplir conjuntamente, aunque el precepto no lo dice expresamente– para considerar excluido dicho convenio:

a) *Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración*³³.

b) *Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*

c) *Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.*

Con la recepción de estas condiciones no solo se está dando una respuesta adecuada a la trasposición de la Directiva 2014/24/UE, sino que, como ha indicado PASCUAL GARCÍA (2016:169-170), “la diferencia entre convenio y contrato no puede extraerse exclusivamente del objeto material. [...] La diferencia entre el objeto del contrato y el del convenio no radica tanto en su materialidad como en la causa y en la forma de realizarlo, que no constituye contraprestación a cargo de una de las partes sino la participación de ambas en ‘un fin común’ (art. 47 LRJSP) o en ‘un asunto de interés común’, en expresión del art. 57 LBRL”, destacando dicho autor que la base de los convenios se encuentra en la cooperación entre poderes adjudicadores, guiada “exclusivamente por consideraciones de interés público”³⁴. Por tanto, como conclusión, para que un convenio de colaboración quede excluido del ámbi-

b) *que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y*

c) *que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.*

Y se establece en el apartado 5 del citado precepto que, para calcular el porcentaje antes aludido, “se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total, u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados por la persona jurídica o el poder adjudicador considerado en relación con servicios, suministros y obras en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato”.

33. Para el cálculo de dicho porcentaje, la letra a) del artículo 6.1 de la LCSP indica que “se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio”.

34. PASCUAL GARCÍA, J. (2016:169-170).

to de aplicación de la LCSP, además de no contener un objeto propio de los contratos regulados por la misma o por normas administrativas especiales, debe cumplir las citadas condiciones, que se resumen en la falta de vocación de mercado en las entidades públicas intervinientes y en el cumplimiento de la naturaleza de los convenios, es decir, ser un instrumento de cooperación entre dichas entidades para lograr un objetivo común que debe estar basado en consideraciones de interés público.

3

Los convenios en el Real Decreto Legislativo 7/2015 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana

Para cerrar el estudio de la figura de los convenios administrativos, queremos hacer referencia a los convenios más habituales de la legislación sectorial, que son los convenios urbanísticos, con la singularidad de su regulación en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. La expresión convenio urbanístico no remite a ninguna figura que abarque unitariamente dicho concepto, sino que quizás el único criterio de unificación del convenio urbanístico se nos presente en dicho Real Decreto Legislativo. ¿Cuál es el sentido *de los convenios urbanísticos en la actual legislación estatal*? Dicho Real Decreto Legislativo es interesante para la figura convencional, aunque, lejos de establecer un criterio claro de regulación de los convenios urbanísticos, sí que fomenta *actuaciones urbanísticas de transformación de suelo y de iniciativas públicas-edificatorias*, especialmente en la ciudad consolidada, en las que se pueden reubicar perfectamente los convenios, *especialmente los convenios de ejecución de planeamiento* en su especialidad de convenios de realojo de inquilinos en viviendas sociales, convenios de concreción de actividades materiales de regeneración, renovación y rehabilitación³⁵ urbana, de zonas urbanas de-

35. ALEMANY GARCÍAS, J. (2016). Señala el autor que “La Ley 26/2013 de 26 de junio de 2013, acierta en el diagnóstico al poner un énfasis especial en las oportunidades económicas que se plantean y señala adecuadamente que el proyecto de futuro de la ciudad está en su transformación interior, en sus tres escalas de actuación, pero la Ley no alcanza a resolver el marco económico en el que se pueda desarrollar y además abunda en técnicas de difícil aplicación. La crisis económica actual obliga a pensar en nuevas perspectivas, que generen un corpus instrumental nuevo, con nuevos métodos e instrumentos de intervención más sencillos, claros y transparentes. La intervención en la ciudad consolidada y en concreto la promoción de la rehabilitación constituye una materia que fundamentalmente corresponde a una adecuada gestión, y fundamentalmente constituye un problema de financiación,

gradadas en las que la ley fomenta la participación de la ciudadanía en dichas actividades. Este fomento de participación ciudadana en actuaciones de transformación urbanística es campo abonado a la participación y colaboración de particulares con la Administración, e indirectamente refuerza la figura convencional, ya sea a través de convenios urbanísticos, ya sea a través de la colaboración público-privada de índole contractual. Dentro del concepto de convenios urbanísticos, el Real Decreto Legislativo 7/2015 fomenta básicamente los convenios de ejecución para regenerar zonas urbanas degradadas cuya actuación urbanística se presenta dificultosa y con gran lentitud burocrática para las Administraciones, de ahí que el fomento de dicho Real Decreto Legislativo a participar con propietarios o con la comunidad esté implícito, señalando que la terminología “propietario” vuelve a ser fundamental para llevar a cabo actuaciones de transformación urbanística. El convenio urbanístico en sentido amplio vuelve a ser un instrumento de acción concertada para llegar a según qué recursos financieros, que muchas veces las maltrechas arcas municipales no pueden asumir. Por ello, creemos que será de especial importancia que se analice la nueva ubicación que el Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre quiere dar a los convenios urbanísticos, y volverlos a situar en el eje principal de cualquier transformación de actuación urbanística. Ello no quiere decir ni mucho menos que el Real Decreto Legislativo 7/2015 regule de manera autónoma los convenios urbanísticos como quizás hubiera sido conveniente, pero el legislador estatal sigue siendo muy respetuoso en la materia respecto a las competencias de las comunidades autónomas. Sin embargo, hemos de destacar que la ley hace referencia a la terminología convenio. En el artículo 9 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, titulado: “Participación pública y privada en las actuaciones de transformación urbanística y en las edificatorias”, se señala en el punto 9.8 lo siguiente: “Los convenios o negocios jurídicos que el promotor de la actuación celebre con la Administración correspondiente, no podrán establecer obligaciones o prestaciones adicionales ni más gravosas que las que procedan legalmente, en perjuicio de los propietarios afectados. La cláusula que contravenga estas reglas será nula de pleno derecho”. Dicho precepto ya establece de alguna manera limitaciones en el propio convenio, sobre todo cuando las mismas afectan a propietarios que no han suscrito el propio pacto. El artículo viene a señalar que si hay una cláusula en el convenio urbanístico más gravosa de lo establecido en la ley y que perjudica a

coordinación e incentivación de los posibles agentes intervinientes. ¿Excesivas metas para una legislación urbanística?”.

terceros como propietarios afectados por el convenio, el mismo será nulo, por lo que en este sentido la legislación urbanística ya nos está señalando *ad hoc* la calificación del convenio a efectos de su ineficacia, es decir, la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que recoge un convenio con condiciones más gravosas que las que señala la ley, afectando a terceros que no han intervenido en la formación de dichos contratos.

Por otra parte queremos destacar que la calificación que da el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana a las cláusulas que contravengan su artículo 9.8 es la nulidad de pleno derecho, que está regulada actualmente en el artículo 47 de la LPAC. Lo curioso de este precepto es que no nos remite a la regulación de actos nulos de la ley de procedimientos administrativos, sino que la regulación urbanística ya le da dicha calificación de invalidez por nulidad como legislación específica y preferente, y ello nos parece acertado a efectos de evitar ciertas confusiones de cuándo un convenio urbanístico es válido o es inválido a los efectos de la nulidad o anualidad del mismo.

Por último, el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana regula en su artículo 33 los denominados convenios para la financiación de las actuaciones, y señala lo siguiente: “Las Administraciones públicas actuantes, los agentes responsables de la gestión y ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, así como los demás sujetos mencionados en el artículo 9.4, podrán celebrar entre sí, a los efectos de facilitar la gestión y ejecución de las mismas...”. Por su parte, el artículo 4.3 del texto refundido dispone que, dentro de las directrices generales sobre ordenación del territorio y ordenación urbanística, “la gestión pública urbanística y de las políticas de suelo fomentará la participación privada”. Dicho precepto también es un reflejo de la importancia que otorga el Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre a promover las actividades de transformación urbanística contando con el consenso y el beneplácito de los particulares. Por último, para acabar el análisis del Real Decreto Legislativo, queremos destacar que el artículo 61 del texto refundido dispone lo siguiente: “Tendrán carácter jurídico administrativo todas las cuestiones que se suscitaren con ocasión o como consecuencia de los actos y convenios regulados en la legislación urbanística aplicable entre los órganos competentes de las Administraciones Públicas y los propietarios, individuales o asociados, o promotores de actuaciones de transformación urbanística, incluso las relativas a cesiones de terrenos para urbanizar o edificar”.

4

Conclusiones

Primera.— El régimen legal de los convenios administrativos regulados en la LRSJP ha supuesto una mejor regulación, destacando aspectos positivos como la propia definición de convenio administrativo, respecto a la parca regulación de la LRJPAC de dicha figura. Se trata, pues, de un régimen mucho más desarrollado que el que le precedía, si lo comparamos con la derogada LRJPAC, ya que amplía el ámbito subjetivo de las entidades que pueden suscribir convenios administrativos con particulares, no siendo únicamente las Administraciones públicas quienes lo pueden hacer, sino también los poderes adjudicadores y entidades privadas. Creemos que los enigmas de los convenios administrativos, como acuerdos, pactos de intenciones entre Administraciones y particulares, han sido acertadamente regulados en la LRJSP, no solamente por definir el contenido de lo que se considera convenio administrativo, sino también por delimitar los sujetos que pueden suscribir el mismo y concretar el objeto de las prestaciones a pactar con independencia de la legislación sectorial en la materia que regule los convenios, que siempre es de aplicación preferente respecto a la legislación básica estatal.

Segunda.— El problema de la figura de los convenios administrativos es que siempre ha ido aparejada a la idea de que dichos instrumentos han sido utilizados para causas de desviación de poder, e incluso han sobrepasado el campo del derecho administrativo para someterse a prácticas corruptelares más propias del derecho penal. Sin embargo, la doctrina ha alertado sobre que el convenio administrativo encierra el riesgo de que no satisfaga los intereses públicos y de que, por lo tanto, en la ponderación de intereses en juego prevalezca el interés privado sobre el público.

Tercera.— La polémica figura de los convenios administrativos no debe entorpecer la filosofía por la cual están pensados, sino que en todo caso, como ha propuesto alguna legislación autonómica, debemos reforzar los mecanismos de control de los mismos a través de la información pública, o a través de la intervención de varias Administraciones que tengan la potestad para su aprobación, como medidas garantistas para la suscripción de los mismos. Los límites de los convenios administrativos, al conjugar intereses privados y públicos sobre potestades y actos administrativos, no son fáciles de delimitar, creando numerosos problemas de interpretación jurídica y dando lugar a numerosa jurisprudencia sobre la validez de los mismos, por lo que, como dice Felio BAUZÁ MARTORELL, “la línea que separa la negociación propia del convenio del tipo penal de las negociaciones prohibidas es tan fina que en este punto afloran problemas interpretativos que habrá que abordar no solo

desde la óptica del derecho penal, sino previamente desde la perspectiva administrativa: la consecución del interés público, la aplicación del principio de buena administración, la imposibilidad de ir en contra de normas imperativas (piénsese en las reservas de dispensación), de derogar planeamiento, o de perjudicar derechos de terceros... son elementos que habrá que valorar antes de acudir gratuitamente a la carga criminal del convenio”.

5

Bibliografía

- ALEMANY GARCÍAS, J., “El rol de las sociedades urbanísticas locales en la Ley 8/2013 de 26 de junio de rehabilitación, regeneración y renovación urbana”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 309, 2016.
- AROZAMENA SIERRA, J., “Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 146, 1996.
- ÁVILA ORIVE, J. L., *Los convenios de colaboración excluidos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 2002.
- BASSOLS COMA, M., “Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades económicas privadas de interés público”, *Revista de Administración Pública*, núm. 82, 1977.
- BUSTILLO BOLADO, R. O., “Los convenios”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BUSTILLO BOLADO, R. O. y CUERNO LLATA, J. R., *Los convenios urbanísticos entre las Administraciones locales y los particulares*, Aranzadi, Navarra, 2001.
- DELGADO PIQUERAS, F., *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, Navarra, 1995.
- DIEGO GÓMEZ, A. DE, “La figura del convenio tras la Ley 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 23, 2015.
- FERNÁNDEZ FARRERES, S., Voz “Convenios” (Derecho Administrativo) en la *Enciclopedia Jurídica Básica*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, S., *Manual de Derecho Urbanístico*, Publicaciones Abella “El Consultor”, 1997.
- GÓNZALEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, Civitas, 1993.

- HUERGO LORA, A., *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid, 1998.
- HUERGO LORA, A., *Los convenios urbanísticos*, Civitas, Madrid, 1998.
- LÓPEZ GÓNZALEZ, J. I., “Los límites sustanciales de los convenios administrativos”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E. y GÓNZALEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N. (coords.), *Discrecionalidad administrativa y control judicial: I jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía*, Civitas, Madrid, 1996.
- MARTÍN HUERTA, P., *Los convenios interadministrativos*, INAP, Madrid, 2000.
- MORENO MOLINA, J. A., “Convenios de colaboración entre la sociedad estatal Correos y Telégrafos y las Administraciones públicas”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 78, Sección “Los Tribunales deciden”, 2008.
- MUÑOZ ZAPATA, D., “Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y entidades de derecho privado en el TRLCSP”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 131, 2014.
- PANIZO GARCÍA, A., “Régimen jurídico de los convenios de colaboración”, *Diario La Ley*, Tomo 4, 1995.
- PASCUAL GARCÍA, J., *Convenios de colaboración entre Administraciones públicas y convenios con administrados y Las encomiendas de gestión a la luz de la ley de contratos del sector público*, Ministerio de la Presidencia-BOE, Madrid, 2010.
- PASCUAL GARCÍA, J., “La regulación de los convenios administrativos en la ley de régimen jurídico del sector público”, *Revista Española de Control Externo*, vol. XVIII, núm. 54, 2016.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “La incidencia en las Administraciones locales de la nueva regulación de las relaciones interadministrativas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público”, en GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Públicas*, CEMCi, Granada, 2016.
- SÁNCHEZ SÁEZ, A. J., “Los acuerdos voluntarios para la protección del medio ambiente”, *Revista de Administración Pública*, núm. 163, 2004.
- SOLAS RAFECAS, J. M.^a DE, *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990.
- SORIANO GARCÍA, J. E., “‘Non venire’ contra ‘factum proprium’ (un préstamo civilista devuelto a su lugar original en la teoría de las fuentes del derecho)”, en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, Wolters Kluwer, Madrid, 2013.

Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos

MARCOS PEÑA MOLINA

Abogado. Letrado de Administración local en excedencia.

Doctorando.

mpe@montero-aramburu.com

1. **Disrupciones en el modelo de relaciones laborales**
2. **Origen del indefinido no fijo: infracciones laborales cualificadas**
3. **Nuevas consecuencias ante irregularidades contractuales temporales: fijo de plantilla**
4. **A modo de conclusión**

Resumen

El abuso y/o fraude en la contratación laboral tuvo a partir de los años 90 una reacción judicial que propició la figura jurisprudencial del indefinido no fijo. La evolución jurídica de esta respuesta judicial ha ido perfilando un tipo de empleado público extralegal, cuyos derechos y obligaciones son compartidos con los laborales fijos de plantilla.

Sin embargo, nuevos pronunciamientos judiciales han ido un paso más allá, considerando que la reacción judicial ante un abuso o fraude en la contratación laboral temporal, en algunos casos, no provoca la indefinición, como indeterminación laboral para su término, sino la propia fijeza del empleador en la organización pública que lo contrata. La causa: la existencia de un proceso selectivo *adecuado constitucionalmente*.

Dicha adjetivación será el nuevo campo de batalla a abordar en la dialéctica judicial, a fin de acreditar que los principios constitucionales de acceso estuvieron presentes en una torcida contratación laboral temporal para un puesto que era básico por estructural.

Artículo recibido el 13/11/2019; aceptado el 15/03/2020.

Palabras clave: *empleo; público; indefinido; fijo; sanción; Administración; laboral; fraude; proceso; selectivo; interino; abuso; infracción.*

From the undefined not fixed to the fixed labour personnel. New times are coming

Abstract

The abuse and/or fraud in the employment contract had a judicial reaction in the 90s that led to the jurisprudential figure of the undefined not fixed labour contract. The legal evolution of this judicial response has been shaping a type of extra-legal public employee whose rights and obligations are shared with the permanent personnel.

However, new judicial pronouncements have gone a step further, considering that the judicial reaction to an abuse or fraud in temporary employment, in some cases, does not cause undefinition, understood as an indeterminacy in the finalization of the work, but the employer's own fixation in the public organization that hires him/her. The cause: the existence of a constitutionally appropriate selective process.

This is the new battlefield to be addressed in the judicial arena, in order to prove that the constitutional principles of access were present in a crooked temporary employment contract for a position that was basic by structural.

Keywords: employment; public; indefinite; fixed; sanction; Administration; labour; fraud; process; selective; interim; abuse; infraction.

1

Disrupciones en el modelo de relaciones laborales

A nadie se le escapa que vivimos tiempos convulsos que afectarán de manera decisiva al empleo en el sector público. El necesario cambio de paradigma y del concepto clásico capitalista de empleo* está padeciendo una

* Como concepto sociológico que va naciendo desde la Ilustración y que se desliga del de trabajo, en el que se subraya como una nota característica del mismo: la fijación del trabajador al puesto de trabajo y a una racionalización del proceso del trabajo que queda como una relación laboralizada, reglamentada y temporalmente determinada. Vid. KÖHLER, H.-D. y MARTÍN ARTILES, A., *Manual de la sociología del trabajo y de las relaciones laborales*, Delta Publicaciones, Madrid, 2005, pp. 21-23.

transformación como consecuencia, cada vez mayor, de una individuación en la prestación de los servicios remunerados bajo un único y exclusivo patrón.

El bajo salario se quiere compensar con una inexistencia en la prestación de los servicios, una autonomía en la autoorganización prestacional y una independencia organizativa. El trabajo se transformará en servicios autónomos de un profesional que deberá “vender” a todo aquel que necesite, mediata o inmediatamente, su prestación. Servicios desvinculados y sin integración en dependencias organizativas o, a pesar de estar integrados en las mismas, no por ello dependientes o jerarquizados. De trabajos por cuenta ajena se pasará a servicios personales independientes, sin que la participación en una organización de servicios suponga dependencia o ajenidad. La nueva categorización llevará a entender los servicios por cuenta propia como servicios propios por cuenta mutua.

Si el mercado privado de las relaciones laborales está padeciendo dicha transformación, aunque el legislador político todavía no se haya enterado, la interrelación de prestaciones en el ámbito de los servicios públicos no es ajena a dichos cambios.

Ahora, no me estoy refiriendo a lo que ya se está implementando (y de lo que todo el mundo quiere hablar), como es la sustitución del sistema burocrático y racional de gestión administrativa por el sistema artificial y automatizado de ejecución algorítmica, sino a los cambios jurisprudenciales de segundo nivel que, a base de sentencias individuales, van rompiendo la concepción tradicional del indefinido no fijo como aquel personal laboral que nacía de una sanción judicial a una práctica fraudulenta en la contratación del empleado público temporal.

2

Origen del indefinido no fijo: infracciones laborales cualificadas

Este escribiente no es ajeno, por supuesto, a la asentada y tradicional jurisprudencia sobre el nacimiento del indefinido no fijo, cuyas causas pueden resumirse en la tensión entre los principios constitucionales de acceso con la sanción prevista en el artículo 15.3 del ET, cuando la Administración, actuando como empresaria y sometándose como tal al derecho laboral, incumplía las reglas de contratación mediante el oportuno fraude (la doctrina unificada se encuentra en STS de 10 de febrero de 2010, rec. 2305/2009, en la que el magistrado D. Luis Gil Suárez realizó un voto particular al que se adhirieron otros cinco señalando, claramente, que entre las figuras del indefinido no

fijo y el fijo de plantilla, en base a nuestro ordenamiento jurídico, no había argumentación para aceptar dicha distinción).

Al respecto es importante señalar que la figura del indefinido no fijo fue y es objeto de evolución, y lo fue por causa de lo que vino a denominarse “infracciones especialmente cualificadas” (STS 31/05/1991).

Para proceder a la readmisión del trabajador con un régimen que empezaba a vislumbrarse como indefinido, se diferenciaron de las meras irregularidades las infracciones cualificadas, esto es, los abusos más abyectos en la contratación y en la temporalidad.

Es, como hemos dicho, a partir de los años 90 cuando se configura ese *tertium genus*, para salvaguardar los derechos de los trabajadores que se hallaban en fraude de ley.

La evolución de la figura del indefinido no fijo la ha acercado claramente al fijo de plantilla. Así ha sido afirmado tajantemente por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en la sentencia 352/2018, de 2 de abril, rec. 27/2017, donde viene a decir lo siguiente:

“La categoría de trabajadores indefinidos no fijos, como tantas veces se ha explicado, vino a resolver una compleja concurrencia de preceptos: los que abocan a declarar la fijeza del contrato de trabajo y los que exigen respeto a principios constitucionales (igualdad, mérito, capacidad) para acceder a un empleo fijo en el sector público. El legislador se ha hecho eco de ella de modo tan impreciso como polémico en el EBEP (pues realmente se quiso contemplar el supuesto del profesorado de Religión, pero sin especificarlo en el texto normativo) y en el ET (disposición adicional 15.ª: ‘el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a un empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo’).”

Y sigue diciendo:

“La figura del indefinido no fijo tiende a alejarse de la interinidad por vacante y a aproximarse hacia la del trabajador fijo”.

“La diferencia pues entre ‘indefinido no fijo’ y ‘fijo’ puede estar, en su caso –se insiste– en la causa de extinción del vínculo contractual”.

Como resumen, la respuesta dada por la jurisprudencia hasta ahora es que el indefinido no fijo no tiene diferencias con el fijo (en cuestión de derechos y obligaciones, aunque también es una cuestión discutida, como sabemos), salvo cuando llegue su término, que podrá ser un proceso selectivo o una amortización de la “plaza”.

3

Nuevas consecuencias ante irregularidades contractuales temporales: fijo de plantilla

Lo anteriormente citado supone la regla general en la reacción judicial ante contrataciones laborales temporales fraudulentas, en las que, a mi criterio, debería también incluirse, de forma directa, y no solo acumulativa o *circunstancial*, como últimamente se exige (véase STS 4/7/2019, rec. 2357/2018), al interino por vacante en supuestos de no ejecución de la OEP en tiempo y forma, mediante el incumplimiento no solo del 70.1 del TREBEP, sino también del artículo 10.4 del mismo cuerpo legal básico de función pública.

Nos hallamos ante un claro mandato legal hacia el empleador público, con cuyo incumplimiento, si no conlleva una reacción jurídica o unas consecuencias legales proporcionales por mor de la inactividad o pasividad, sin que el afectado o afectados puedan intimar a la Administración pública por la vía del artículo 29 de la LJCA, la norma imperativa se convierte no solo en una mera regla privada dispositiva, sino en una suerte de declaración de intenciones o de buena voluntad. Poco más.

Dicho lo anterior, se abre camino una nueva tendencia judicial ante incumplimientos contractuales, e incluso podrían denominarse incumplimientos de naturaleza organizativa, donde la sanción judicial ya no es la del indefinido no fijo, sino la de ser fijo de plantilla.

La lógica de la decisión judicial en estos nuevos casos se presenta de forma clarividente por su iluminada racionalidad.

Permítanme resumirla en la siguiente argumentación: si el indefinido no fijo nace como consecuencia de que al empleado se le ha contratado sin proceso de selección alguno, cuando un temporal que realiza funciones estructurales supera un proceso selectivo de acceso, la sanción judicial no puede ser la de indefinición sin fijeza, sino la propia fijeza, novándose como empleado público de plantilla.

Esta es la *ratio decidendi* de la sentencia de 28 de junio de 2018, dictada en el recurso 1102/2018 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Dice el Alto Tribunal autonómico (FJ 3.º):

“En definitiva, si la sanción ante el uso abusivo o fraudulento de la contratación temporal para el sector privado es la declaración de indefinición equivalente a fijeza, y el motivo de que no se aplica esta doctrina en el sector público –y sí la figura del indefinido no fijo– es porque ello supondría que accedan a puestos fijos personas que no ha superado un proceso de selección conforme a los principios de igualdad, mérito y

capacidad, no puede aplicarse la misma solución cuando sí se ha seguido ese proceso selectivo. Es la Administración pública la que ha optado por una contratación temporal fraudulenta cuando los puestos de trabajo eran de naturaleza estructural y por lo tanto deberían de haber sido convocados como fijos desde el principio, sin que el hecho de que la propia Administración hubiera utilizado un proceso selectivo público sin respetar todos los requisitos establecidos en el Convenio Colectivo de aplicación pueda ser utilizado como un argumento en contra de los intereses de los trabajadores, que dado que han sido contratados para realizar labores estructurales, y han superado un concurso oposición deben de ser fijos”.

Esta doctrina ha sido reiterada por el propio Tribunal en sentencia de 15 de mayo de 2019, en el recurso 280/2019.

Igualmente, esta decisión judicial ha sido acogida por el Juzgado de lo Social n.º 2 de Ourense, en la sentencia 597/2019.

Haciendo un análisis del argumento que conlleva la decisión que acabamos de exponer, se ha de decir que para que pueda nacer la fijeza sería necesario que concurrieran tres presupuestos, a saber:

- a) la existencia de un proceso selectivo reglado;
- b) la celebración (inadecuada) de un contrato laboral temporal;
- c) la ocupación de un puesto de trabajo estructural.

La concurrencia de estos tres presupuestos, de acuerdo con la jurisprudencia citada, daría lugar a que el empleado público temporal fuese declarado fijo de plantilla.

En la apreciación judicial de estos tres presupuestos, el que deberá ser sometido a mayor análisis será el primero de todos ellos.

La razón estriba en que dichos procesos selectivos deberán, a ojos del juzgador, cumplir con las exigencias legales de los principios constitucionales de acceso, es decir, con los principios de capacidad, mérito, igualdad y publicidad.

El proceso selectivo que se lleve a cabo deberá diferenciarse de un mero sistema de reclutamiento, para que aquel pueda estimarse que goza del nivel de intensidad constitucional necesario para acceder a un puesto público en condiciones de fijeza.

Esta consideración es importante por cuanto que es práctica común reclutar mediante entidades públicas o privadas de intermediación e inserción laboral. A efectos de ser considerados procesos selectivos adecuados constitucionalmente, estos no lo serían, y por tanto no cumplirían el primer condicionamiento.

Las ofertas genéricas a entidades públicas de inserción laboral, si no van seguidas de procesos selectivos reglados que vengán a cumplir las exigencias

del artículo 55 del TREBEP, no pueden ser consideradas pruebas de acceso público aptas constitucionalmente, ni siquiera cuando se recurre a ellas con carácter de urgencia para el nombramiento de interinos (puede verse la Resolución del Defensor del Pueblo Andalúz de 4 de junio de 2012, formulada en la queja 11/4941).

Es evidente que se tratará de un tema de prueba judicial. No obstante, lo que nos deja claro, por ahora, la sentencia del Juzgado de Ourense es que un concurso de méritos y una entrevista gozan de la intensidad constitucional necesaria para concluirse que se trata de un proceso selectivo acorde con los artículos 23.2 y 103 de la CE, así como con los artículos 55 y 61.7 del TREBEP.

4

A modo de conclusión

La disrupción en los modelos de relaciones laborales no solo está afectando a las clásicas categorías de trabajadores, sino también a las prestaciones de servicios de naturaleza laboral que se originan en el seno de las Administraciones públicas.

El clásico refugio inatacable para decidir desde lo público la propia organización del personal, así como la naturaleza de los vínculos jurídicos que unen a estos con su entidad pública, cada vez se encuentran más sitiados no solo por decisiones judiciales que derivan de tribunales supranacionales, en aplicación de un derecho que goza de preferencia sobre el dictado por el legislador nacional, sino también por reacciones jurídicas internas que exigen, con mayor intensidad, una administración pública vinculada a la ley y al derecho (art. 103.1 de la CE), y por tanto con un claro respeto a la legislación laboral (STS de 18 de marzo de 1991), a pesar de ser un personal, el laboral, al que por decisión del constituyente no se le aplica el artículo 23.2 de la CE y, por tanto, su apéndice, el artículo 103.3 del texto constitucional (entre otras, STC 86/2004, de 10 de mayo), de ahí que sea excluido como personal propio para ejercer potestades públicas o para ocupar puestos con participación en intereses generales. No obstante, se estima que es un tema discutido y discutible para abordar en otro trabajo.

La reacción judicial clásica sobre el abuso o fraude en la contratación laboral temporal sigue siendo, con carácter general, el indefinido no fijo, esto es, un personal con puesto, pero sin plaza (STSJ de Andalucía de 6/4/2010, Sala Social, rec. 38/2010). Sin embargo, se va abriendo camino una fisura o, si se quiere, una apertura en dicha doctrina jurisprudencial, que no es sino la consideración de que estamos ante un personal laboral fijo cuando la Admi-

nistración pública, tras un proceso selectivo, *constitucionalmente adecuado*, utiliza su poder de contratación para cubrir un puesto de estructura de forma temporal.

A ese desvío del poder público no se le opone la indefinición temporal, sino la fijeza de plantilla.

Un paso más (o menos) según se mire en la construcción de una Administración que debe guardar un respeto absoluto en el cumplimiento de la legalidad, particularmente en la utilización de las modalidades contractuales temporales, sin que todas ellas quepan en la organización pública, ni mucho menos.

QDL52

II. INFORME

Los flujos migratorios en las estrategias de desarrollo sostenible. Una propuesta metodológica

JULIÁN GARRÁN DÍAZ
Técnico de Educación al Desarrollo Fundación Esperanza para la Cooperación y el Desarrollo

JULIO CABELLOS BEL
Político experto en políticas públicas y flujos migratorios. Universidad Pablo Olavide

AGUSTÍN RODRÍGUEZ ESCUDERO
Político experto en análisis y evaluación de políticas públicas. Universidad de Sevilla

1. Introducción

- 1.1. Los flujos migratorios y las EDUSI: una relación viable
- 1.2. Antecedentes
 - 1.2.1. La evaluación y las buenas prácticas en España
 - 1.2.2. La evaluación y las buenas prácticas en las estrategias de desarrollo urbano sostenible
 - 1.2.3. La evaluación y las buenas prácticas en la inmigración
- 1.3. Objeto
- 1.4. Metodología

2. Marco conceptual

- 2.1. Análisis de las EDUSI. Marco conceptual
 - 2.1.1. Marco normativo
 - 2.1.2. Marco operativo
 - 2.1.3. Casos seleccionados
- 2.2. Análisis de los flujos migratorios. Marco conceptual II
 - 2.2.1. Marco normativo
 - 2.2.2. Marco operativo
- 2.3. Marco conceptual integrado: cruce de temáticas

Artículo recibido el 26/12/2019; aceptado el 13/03/2020.

3. Buenas prácticas

- 3.1. Criterios básicos
 - 3.1.1. Criterios oficiales de selección
 - 3.1.2. Orientación hacia la gobernanza
 - 3.1.3. Visión macroeconómica
 - 3.1.4. "Integración integral"
 - 3.1.5. Coherencia
 - 3.1.6. Visión prospectiva
 - 3.1.7. Eficacia
 - 3.1.8. Replicabilidad

4. Manual

- 4.1. Actores implicados
- 4.2. Tipos de informe
 - 4.2.1. Sondeo
 - 4.2.2. Intermedio
 - 4.2.3. Exhaustivo
 - 4.2.4. Exhaustivo *in itinere*
- 4.3. ¿Qué coste tendrá la introducción?
- 4.4. Implementación
- 4.5. Externalización
 - 4.5.1. Subvención
 - 4.5.2. Contratación centralizada y acuerdos marco
 - 4.5.3. Convenios y encomiendas de gestión
 - 4.5.4. Gestión de servicios: directa o indirecta. Modalidades

5. Reflexiones finales

6. Referencias académicas

1 Introducción

1.1

Los flujos migratorios y las EDUSI: una relación viable

Tras 3 convocatorias para la adjudicación y el desarrollo de las estrategias de desarrollo urbano sostenible y una dotación económica para el período 2014-2020 de 1 012 754 015,00 euros, las áreas urbanas, sustantivadas principalmente en municipios, han venido desarrollando sus estrategias en torno a las indicaciones de la Red de Iniciativas Urbanas, de la Dirección General de Fondos Europeos o de la Comisión Europea.

El resultado ha sido la constitución de documentos con un alto valor analítico y descriptivo que identifican los rasgos y la disposición de recursos que tiene un área urbana para el desarrollo de una estrategia integral, la reconocida propiamente como Estrategia DUSI. Esta estrategia contempla en ella numerosas variables interconectadas que puedan ser aglutinadas en objetivos temáticos y abordadas de forma independiente pero convergente, para conseguir unos objetivos que atiendan a las necesidades de la ciudadanía a medio-largo plazo. Unos objetivos que deben tener en su horizonte los objetivos del milenio, de desarrollo urbano sostenible y en definitiva de las Agendas comunitarias y nacionales, con el fin de construir unas ciudades más adecuadas y sostenibles en el siglo XXI.

Construir una ciudad adecuada al siglo XXI se hace a veces difícil, a veces imposible, en tanto en cuanto si en algo se caracteriza nuestra era es por la mutabilidad, la variabilidad de un sistema económico que exige el máximo dinamismo y versatilidad tanto a personas como a Estados. Es por ello que los esquemas analíticos, las estrategias y toda la documentación prospectiva o que se enmarca en períodos a medio-largo plazo deben contemplar áreas de mejora y estar dispuestos a aclimatarse a los cambios que acontecen, si no quieren acabar abocados al fracaso.

Los flujos migratorios no son un fenómeno novedoso, quizás sí la intensificación de algunos de sus componentes, como la inmigración ilegal, pero no son una revolución, y mucho menos su integración en estas estrategias. De hecho, ya aparecen de forma somera con un carácter más o menos descriptivo. Con lo cual, la introducción de los flujos migratorios no es algo que sucede por imposición o tratando de “meterse con calzador”, la introducción es natural y espontánea. Primero porque aduce a un criterio lógico de pertinencia y segundo porque su no inclusión dejaría al objetivo temático OT 9 sin uno de sus fundamentos, inclusión social. Lo que se plantea en líneas posteriores, por tanto, es probar no su introducción, sino su desarrollo, su consideración más profusa, más acorde a su importancia e impacto. La relación es, por tanto, acometida desde una extensión y una adecuación de las estrategias a esta mejora metodológica y a la creación de un modelo elástico y adecuado a nuestro siglo.

1.2 Antecedentes

1.2.1 La evaluación y las buenas prácticas en España

La importancia de la evaluación de Políticas Públicas y de la gestión de los recursos se manifiesta en nuestro propio orden constitucional. Artículos como los 31.2, 135 o 103 de la Constitución representan una inspiración que vincula la gestión pública a los principios de eficacia, eficiencia y economía, a los que se añaden otros principios de interés transversal como el respeto al medioambiente, la protección de los colectivos en riesgo de exclusión, la violencia de género o la no discriminación, entre otros. A su vez, estos principios influyen de manera más que decisoria, constituyéndose en un auténtico deber legal, sobre la ejecución, el compromiso y el reconocimiento de los gastos públicos. Principios en la programación presupuestaria como la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera o la eficiencia en la asignación de recursos hacen de la evaluación y el análisis de las políticas públicas una de las principales herramientas que contribuyen a su consecución.

Si seguimos al artículo 135 obtenemos un compromiso férreo con la gestión responsable, primero por su reserva de ley, en el caso para comprometer deuda pública o emitir crédito, y en otro supuesto mediante ley orgánica para fijar los límites del déficit estructural. Este blindaje legal cuida el cumplimiento del marco referencial establecido en la UE, lo que extiende nuestro compromiso más allá de nuestras fronteras a la adopción de mecanismos de evaluación necesarios para una ejecución mejor de nuestros recursos.

Si bien merece una mención lo dispuesto en el artículo 3 de nuestra Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, respecto a esta infiltración de la preocupación en las buenas prácticas. Como bien expresa el citado artículo, las Administraciones públicas deberán respetar en su actuación y relaciones los principios de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, planificación y dirección por objetivos y control de la gestión y evaluación de los resultados de las políticas públicas, entre otros. Esta manifestación de la voluntad de la Administración es de difícil concreción, sin perjuicio de que sea un principio inspirador de gran importancia.

Todo lo anterior atestigua una tendencia hacia el control en la gestión pública a través de organismos, procesos, estrategias, estudios todos ellos encaminados al cumplimiento de lo dispuesto tanto en nuestra Constitución como en nuestro ordenamiento.

Tanto es así que los esfuerzos han ido acompañados de una dotación estructural y orgánica. En la actualidad, el Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas ha seguido la estela que ya inició la derogada Agencia Estatal de Evaluación de Políticas Públicas y Calidad de los Servicios, más conocida como AEVAL. Esta Agencia, cuya aparición fue en virtud de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, estuvo vigente y en funcionamiento hasta el 19 de julio de 2017. El Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas resultó y aún resulta de especial interés en cuanto a sus metodologías, estudios y conferencias referentes no solo a la evaluación de políticas públicas, sino también a la evaluación de buenas prácticas.

Las buenas prácticas constituyen una herramienta que introduce el “buen hacer” en la consecución de un programa o una política. Se trata, por tanto, de identificar qué áreas son susceptibles de mejora, unas áreas que en el presente trabajo no son específicas o tan instrumentales, sino que tratan de identificarse como una mejora metodológica.

Por otro lado, desde las Administraciones autonómicas, provinciales y locales también se han preocupado por el estudio y la evaluación de las buenas prácticas, teniendo como resultado la elaboración de documentos que formarán parte de la base de este estudio. Buen ejemplo de ello son las *Buenas Prácticas de Gestión en Administración Pública* (2010). Este documento, elaborado por la Fundación Centro Andaluz para la Excelencia de la Gestión, tiene como objetivo la identificación de buenas prácticas por organizaciones del sector público, que pueden ayudar a terceras organizaciones a lograr mejores resultados. Su estudio emplea una metodología EFQM, que aplica a diez de las memorias presentadas a los Premios a la Calidad de los Servicios Públicos y Administración Electrónica. Cabe destacar su carácter práctico e instructivo y aportaciones como la identificación de buenas prácticas en diferentes áreas. En otros escenarios comprendemos también la aplicación de manuales de buenas prácticas a áreas específicas de actividad, como en la Higiene en la Producción Primaria Agrícola o sobre la Gestión de Personas Mayores de la Generalitat Valenciana, en la Implantación del principio de igualdad en entornos rurales en el caso de Murcia, o incluso en la Prevención de Riesgos Laborales en el Sector de la Hostelería promovida por el Gobierno canario. Toda esta producción de apoyo y ayuda a distintos sectores de interés, nos proporciona una aplicación directa de los modelos y procesos que se estudian y desarrollan en los manuales más generales de buenas prácticas.

Una aproximación al concepto y definición de buenas prácticas podemos encontrarla en la *Guía para la detección de buenas prácticas en procesos participativos*, elaborada en 2006 por el Observatorio Internacional de Demo-

cracia Participativa (OIDP), donde también se nos aportan criterios comunes de buenas prácticas, algo que puede ponerse en conjunto con las aportaciones del Protocolo para la identificación de Buenas Prácticas transferibles para la igualdad de género en el empleo, editado por la Unidad Administradora del Fondo Social Europeo y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En esta Guía se ofrece una perspectiva de buena práctica como una experiencia que se implementa, que cumple con criterios de calidad normativa y que aporta conocimiento y herramientas de mejora, en este supuesto de democracia participativa.

Por tanto, podemos adoptar la interpretación de las buenas prácticas como una herramienta normativa y dinámica, que sirve a un fin de eficacia en la consecución de objetivos y eficiencia en la asignación de recursos y medios disponibles. Puesto que las buenas prácticas son una herramienta, siempre tienen referencia hacia el objeto que da su origen, es decir, no podemos definir una llave inglesa sin acudir a su utilidad, y por tanto el objeto de esa utilidad. Una llave inglesa, al igual que las buenas prácticas, se dirigen a un fin que las origina. Esto hace que las buenas prácticas vayan referidas a ámbitos específicos de actuación, lo que supone una definición agregada y común a diferentes experiencias. Es por ello que resulta pertinente observar esas pautas comunes a la definición e identificación de buenas prácticas; además, aquellas que se enmarcan únicamente en materia de igualdad, como el caso del Protocolo referido en líneas anteriores, son igualmente aprovechables, pues dentro de los principios horizontales y objetivos transversales de las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado (EDUSI), recogidas en la guía elaborada por la Red de Iniciativas Urbanas (RIU), se encuentra la igualdad entre hombres y mujeres y no discriminación.

1.2.2

La evaluación y las buenas prácticas en las estrategias de desarrollo urbano sostenible

Siguiendo la exposición, es de obligado cumplimiento recurrir al *Plan de Evaluación de los Programas Operativos FEDER 2014-2020* para identificar el proceso de elaboración de las políticas públicas con financiación del Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Si bien es cierto que comunidades como Andalucía o el País Vasco cuentan con sus propios planes específicos, se atiende a una estructura de evaluación que concluye precisamente en la visión de buenas prácticas que observamos en líneas anteriores. Así, el Plan concluye dotando a las buenas prácticas, conclusión de lo desarrollado en el

texto, de un carácter frecuentemente innovador, que ha sufrido de una previa experimentación y evaluación presumiendo resultados exitosos. Es por este motivo que la vinculación entre innovación y buenas prácticas es fuerte y persistente. Su aparición, que sufrirá previsiblemente modificaciones para el periodo 2021-2027, tiene vigencia desde junio de 2018, siendo elaborado por la Secretaría General de Programación y Evaluación de la Dirección General de Fondos Europeos del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Este Plan es un pilar fundamental en la realización de este proyecto y su comprensión si atendemos al criterio de pertinencia: al tener como uno de sus objetivos específicos “demostrar los avances y logros de la Política de Cohesión en el ámbito FEDER; así como la eficacia, eficiencia y calidad de las intervenciones más relevantes”; y su alcance, que coincide con el del presente trabajo, la totalidad de programas operativos FEDER 2014-2020. Además, la pluralidad de metodologías de evaluación, dependiente del objeto a evaluar, nos ofrece una rica base a la fundamentación de la propia, algo que combina perfectamente con el *Sistema de indicadores FEDER 2014-2020* proporcionado.

Las estrategias de desarrollo urbano tienen un elemento común respecto a los manuales de buenas prácticas. Su utilidad instrumental, que no es exclusiva, ya que contempla también una finalidad en sí misma, contempla áreas específicas de aplicación, como el caso del *Libro Verde de sostenibilidad urbana y local en la era de la información*, firmado por el Ministerio de Fomento en 2012. Así pues, no se trata de un elemento transversal a tomar en consideración, sino que las políticas verdes contemplan un marco conceptual propio que reflejan las estrategias de medio ambiente urbano y la Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local, sirviendo como una herramienta técnica y educativa para profesionales y técnicos que se presume nos dirigirán a escenarios más sostenibles. Este libro, además, contempla la sostenibilidad en el ámbito de la sostenibilidad social, cosa que resulta atractiva de cara al estudio.

Con un valor reflexivo, al resultar de una discusión, surgió el *Estudio sobre las Tipologías de ciudades españolas, sus necesidades y propuestas de intervención en el tramo de desarrollo urbano sostenible de la programación FEDER 2014-2020*, elaborado por la Subdirección General de Programación Territorial y Evaluación de Programas Comunitarios. Este Estudio reviste gran interés, primero por su contenido, al resultar un análisis pormenorizado de las características territoriales y su clasificación tipológica, y segundo por la confirmación de que el desarrollo urbano sostenible debe contemplar distintos escenarios para su éxito. Este texto es un paso en la configuración de las estrategias de desarrollo urbano y en la construcción de una metodología que se presume propia.

En esta misma línea de consolidación metodológica, y elaborado por la Secretaría General de Programación y Evaluación de la Dirección General de Fondos Europeos del Ministerio de Hacienda y Función Pública, se aprobó en mayo de 2018 el *Plan de Evaluación Específico del Programa Operativo FEDER Plurirregional de España 2014-2020*. Su valor reside en el establecimiento de una metodología que contempla explícitamente varios de los objetivos temáticos (OT) definidos en el artículo 9 del Reglamento (UE) n.º 1303/2013, y concretamente el OT 9¹, integrada en una lógica clásica de evaluación².

La Red de Iniciativas Urbanas (RIU) se erige como la referencia en cuanto a la coordinación, colaboración y cooperación entre los distintos niveles territoriales existentes en España. Tanto la Administración General del Estado como la Administración autonómica o las entidades locales, a través de la Federación Española de Municipios y Provincias, se coordinan en la gestión de fondos comunitarios, y concretamente desarrollan las estrategias de desarrollo urbano sostenible a través del Grupo de trabajo sobre estrategias integradas. Este Grupo tiene encargado el desarrollo de unas orientaciones comunes y genéricas que deben abordarse desde las estrategias integradas, identificando buenas prácticas en algunas de las ejecuciones de las estrategias DUSI. Bien es cierto que el material aportado por la RIU debería resultar idóneo para la elaboración de una metodología, aunque, como veremos en próximos apartados, su generalidad sirve a modo de Ley Básica necesaria de desarrollo y ejecución. Siguiendo en la pertinencia documental y estratégica de la RIU, en 2015 tuvieron lugar las *Orientaciones para la definición de estrategias de desarrollo urbano sostenible integrado en el periodo 2014-2020*. Este documento resulta valioso aún en la actualidad, al destacar los elementos principales de la elaboración y del desarrollo de las estrategias, ofreciendo criterios o indicadores ideales para la posterior evaluación.

Dada la naturaleza de las estrategias, los procesos se analizan en fases posteriores para identificar pautas, metodologías, experiencias y elementos que constituyen un *feedback* enriquecedor. En esta fase el informe elaborado por el Instituto de Estudios Fiscales dependiente de la Dirección General de Fondos Europeos contribuye periódicamente a la formación de esta retroalimentación. Concretamente en febrero de 2018 se elaboró el Informe de *Evaluación de la selección de las estrategias de desarrollo urbano sostenible e*

1. Tal y como se observa en los objetivos temáticos: “promover la inclusión social y luchar contra la pobreza y cualquier forma de discriminación”, para reducir el riesgo de exclusión, con medidas de mejora del entorno físico, económico y social en áreas desfavorecidas.

2. DAFO, identificación de retos, definición de la estrategia, cambio esperado.

integrado (DUSI). En él se analizó de forma procedimental, identificando áreas de mejora características sobre las convocatorias y la naturaleza de los solicitantes y sus solicitudes. Este documento se constituye de gran interés para el proyecto al ser evaluativo, al menos a efectos de la convocatoria.

Para concluir respecto a este repaso, el ya disuelto Ministerio de Economía y Hacienda publicó una *Guía Metodológica de Seguimiento y Evaluación de los Planes de Comunicación de los Programas Operativos del FEDER, Fondo de Cohesión y FSE 2007-2013*, que a pesar de estar concebida con el anterior programa del FEDER sigue resultando de utilidad, al conservar los programas operativos FEDER 2007-2013 y los programas operativos FEDER 2014-2020 unos objetivos similares. Además, centra su atención en los planes de comunicación, área donde enfoques como el de la RIU ponen especial énfasis.

1.2.3

La evaluación y las buenas prácticas en la inmigración

Sin duda, el documento que guarda una relación más íntima con el objeto del estudio es la *Guía metodológica para la evaluación estratégica temática de inmigración*, elaborada por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, en colaboración con el Fondo Social Europeo (FSE). En ella se busca establecer una metodología y unos criterios de evaluación consensuados, que tengan un marco y una estructura comunes al resto de evaluaciones de estrategias temáticas. Este documento forma parte del marco común de trabajo, estableciendo una metodología para las evaluaciones estratégicas que aquí nos ocupan y unos criterios de evaluación consensuados y comunes a todas ellas.

Sin perjuicio de lo anterior, la inmigración es un tema muy tratado. De hecho, en nuestro país existen una multitud de entidades que tienen en su objeto social la integración de las personas migrantes. Entre ellas convendría destacar la Red de Acción Social Diaconía, tanto por su dimensión a escala nacional como por su trabajo en la esfera técnica de la gestión de la migración. Concretamente en 2014 desarrolló el *Manual de Buenas Prácticas en la atención a las personas inmigrantes*, en colaboración con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Dirección General de Migraciones. En este Manual se destaca la necesidad de una adecuada acogida de intervención social con el fin de favorecer la integración. Una integración que hay que entender de forma bidireccional, ya que requiere un esfuerzo de ambas partes.

Tal y como sigue, el documento ofrece una visión encaminada a la producción de acciones, programas o proyectos dedicados a la intervención

social con población inmigrante, tratando de ser lo más eficaces y óptimos posibles. Así pues, dada la generalidad, ofrece una definición más al elenco que se puede recopilar sobre el concepto de buenas prácticas, en este caso de aplicación a la inmigración. Las Buenas Prácticas se entienden como aquellas intervenciones sistemáticas, eficaces, sostenibles y flexibles que favorecen la integración de la población inmigrante y que pueden ser extrapolables en otros contextos y por otras organizaciones o grupos.

Este texto ofrece sin duda una noción estructural al abordaje de las buenas prácticas desde la inmigración, por lo que su toma en consideración no será en exclusiva sobre su contenido, sino también sobre su forma.

Puesto que, como veremos, los flujos migratorios constituyen en sí mismos una dimensión muy amplia, su tratamiento es ponderado, por lo que utiliza a conveniencia variables a tener en cuenta. Por ello tenemos Buenas Prácticas dedicadas a menores³, a la integración a través de las TIC⁴, a las mujeres en la función pública⁵, en acogida en inserción sociolaboral⁶, o incluso en áreas tan específicas como la acción social con mujeres migrantes en situación de trata durante el tránsito de África-Europa⁷. Todo ello, claro está, dentro del marco de la inmigración o flujo migratorio desde una perspectiva más amplia.

Aunque hasta ahora el tratamiento acerca de las buenas prácticas no concreta ninguna actividad específica, por ejemplo la Fundación Cepaim convivencia y cohesión social desarrolló a lo largo de 2017 actividades de integración y buenas prácticas, como el proyecto Taka Sira– Tu Camino: itinerarios integrados para la inserción sociolaboral de personas inmigrantes en situación o riesgo de exclusión social. Este proyecto tuvo su exposición

3. Ver *Buenas Prácticas en la atención a menores inmigrantes en Andalucía* (2006), por el Observatorio de la Infancia en Andalucía.

4. Ver *Red Conecta Migración. Buenas prácticas en integración a través de las TIC* (2018), por el Instituto Universitario de Investigación sobre Migraciones, Etnicidad y Desarrollo Social y la Fundación Esplai.

5. Ver *Cómo abordar la integración de las mujeres inmigrantes. Guía para las Administraciones Públicas* (2008), por el Instituto de la Mujer.

6. Ver *Manual de Buenas Prácticas de acogida e inserción sociolaboral de las personas inmigrantes en la Región de Murcia* (2008), por la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

7. Ver *Decálogo de Buenas Prácticas para la acción social con mujeres migrantes en situación de trata durante el tránsito de África a Europa*. La guía es el resultado del proceso de ejecución del proyecto: *Buenas prácticas en acción social con mujeres migrantes próximas a redes de trata en tránsito de Marruecos hacia Andalucía: fomentando la cooperación entre organizaciones de la sociedad civil, instituciones públicas y centros universitarios* (2015 SEC011), financiado por la Agencia Andaluza de Cooperación de la Junta de Andalucía, y realizado por Nuria Cordero Ramos, Rafael Cáceres Feria, Jesús Delgado Baena y Zineb Emrane, de la Universidad Pablo de Olavide.

los días 6 y 7 de marzo de 2017, donde se presentó como una buena práctica de intervención en la 4.^a reunión del Foro Europeo de Migración, organizada conjuntamente por la Comisión Europea y el Comité Económico y Social Europeo.

Llegados a este punto es necesaria la mención del desarrollo de Buenas Prácticas en esta materia de UNHCR ACNUR sobre el tratamiento de un tipo concreto de flujo migratorio como son los refugiados. En este caso, aunque nos refiramos a un documento que tiene interés en un escenario que va más allá de nuestro ámbito espacial, reviste gran interés la identificación programática. Para ello se utilizan una serie de “buenas prácticas”, concretamente 30, para contribuir a una más y mejor legislación de desarrollo sobre la *Protección de los Refugiados en América Latina*.

Dentro de nuestro ámbito es habitual observar desde escenarios autonómicos el abordaje de esta cuestión, y más aún cuando se encuentra enmarcado dentro de los proyectos europeos como en el Programa Leonardo Da Vinci. En este espacio es habitual observar un mayor nivel de concreción, como en el caso de los *Cuadernos de Buenas Prácticas*. Este documento, aunque tiene un contenido que data de 2014, tiene gran interés por su metodología, utilizando un esquema estructurado y aplicable a las distintas entidades colaboradoras del proyecto. El objeto de esta puesta en común fue la creación de una red que fomentó el intercambio de buenas prácticas en materia de empleabilidad entre entidades, en este caso madrileñas, y otras europeas.

La naturaleza de los flujos migratorios tiene íntima relación con las corrientes ideológicas y políticas que ponderan su influencia sobre los escenarios políticos. Es por ello que la información tiene distintas perspectivas, tratamientos y reflexiones, cayendo en muchas ocasiones en tópicos o en la infravaloración de su impacto. Sin duda la Fundación Acoge ha sido consciente de este uso tendente al sensacionalismo y a la creación, sea consciente o no, de miedo, odio o confusión hacia personas migrantes. Este fenómeno recibe el nombre de *inmigracionalismo*. El texto *Manual contra el Inmigracionalismo* (2018) se erige como un auténtico manual de buenas prácticas en el tratamiento periodístico de la inmigración, con el objetivo de comunicar los errores más habituales desde una visión objetiva, y tomando como base criterios y principios deontológicos del Periodismo. El atractivo de este documento financiado por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y la UE resulta en las primeras fases de la toma de decisión, en las que la recopilación de información y su selección y tratamiento determinan el sentido de las políticas, sean de desarrollo o incluso de otra naturaleza.

1.3 Objeto

El objetivo general de este documento consiste en establecer mecanismos para la mejora de la acción pública en lo relativo a la línea combinada de desarrollo urbano sostenible, integración y flujos migratorios.

La acción pública, entendida como un consenso tácito entre demandas, oportunidades, medios, fines y resultados, requiere de un proceso de generación amplio originado y concluido en el proceso de decisión política y mediado por procedimientos sistematizados. En este nivel esencial queremos plantear una serie de procedimientos en diferentes modalidades que den respuesta a la demanda social derivada de los flujos migratorios, empleando las herramientas que ofrecen las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado (EDUSI). Entendemos la modelación sostenible de las ciudades como el ámbito donde la incidencia sobre esta problemática puede ser más dirigible y generar resultados de mayor calado.

Para ello hemos querido establecer tres productos finales. En primer lugar, una conceptualización adaptada de las áreas propuestas. Esta labor no solo está pensada como un paso necesario para la realización de fases posteriores del documento, sino que pretende constituir un genuino punto de partida en una reflexión temática. Creemos que puede enriquecer el debate social y la decisión política como fuente bibliográfica, independientemente de la utilidad que aquí le demos posteriormente. En segundo lugar, una sistematización de buenas prácticas que constituya una compilación de referencias trabajadas en forma de catálogo. Nuestra idea se acerca tanto a la puesta en valor del estudio comparado con otras actuaciones como a la inspiración de diseñadores e implementadores en futuras intervenciones. Proponemos un modelo que permita identificar potencialidad y amenaza en los casos seleccionados, establecer una comparativa, y que, a su vez, sea accesible al lector. En tercer lugar, planteamos una aplicación programática de la teoría expuesta anteriormente, en forma de manual que contenga procedimientos concretos para la integración de los flujos migratorios en el diseño e implementación de las EDUSI desde una perspectiva integral, práctica, y aplicable a todas las tipologías interesadas en este proceso de formación de políticas públicas.

Los objetivos intermedios consisten en la definición y conceptualización de flujos migratorios e incidencia sobre el desarrollo urbano y otras cuestiones afectantes a la territorialidad, convivencia y desarrollo, la identificación de ventanas de oportunidad en las EDUSI para llevar a cabo medidas que incidan sobre estos conceptos, y la consecuente interrelación sinérgica entre estos elementos que permita construir herramientas de utilidad concreta. Esta

visión holística tanto de las cuestiones como de las soluciones y metodologías caracteriza las tendencias recientes en la producción académica, y está presente en cada una de las fases de nuestro trabajo como objetivo transversal, de la misma forma que constituye la guía filosófica de las EDUSI por cuanto adoptan un enfoque integrado. Queremos, por tanto, desarrollar un documento acorde al espíritu de los elementos que lo conforman, para construir una herramienta lógicamente relacionada con sus fines.

Es por esto que hemos buscado adoptar un enfoque multinivel que contemple los objetivos de impacto propuestos. Además de la visión temática integrada que guía transversalmente nuestro trabajo, también hemos querido ordenar actores y contextos de forma que permitan comprender las problemáticas y orientar las soluciones de forma plural. De esta forma, buscamos la utilidad para las entidades que participan en cada fase del diseño y de la implementación, así como de actores mediadores y afectados por la misma, partiendo de la conceptualización realizada. Planteamos diferentes casuísticas tipo y situaciones en las que este manual pueda resultar de utilidad, intentando dar respuesta a todos los actores que en dicho manual puedan buscar guía. Estas tipologías de actores pueden agruparse en función de espacio geográfico, fase del proceso migratorio, altura jerárquica en la Administración, orientación ideológica y un sinnúmero más de variables. No obstante, prestaremos particular atención a los diseñadores de políticas públicas de entidades locales en las que puedan darse respuestas de carácter político, desde la intervención sobre la entidad urbana a cuestiones relacionadas con los flujos migratorios y su interacción con la ciudad existente y futura. De hecho, este es el ámbito subjetivo tanto del presente estudio como de las estrategias de desarrollo urbano sostenible. Así pues, situaremos a los principales perceptores de fondos estructurales basados en las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado. A saber, podemos encontrar entidades pertenecientes a las catalogadas como entidades locales, municipios, islas, provincias, agrupaciones de municipios, áreas metropolitanas, comarcas y otras no configuradas *de iure* como tales, pero que sí se constituyen en un espacio territorial e institucional perteneciente a áreas urbanas. Entre estos últimos podemos encontrar áreas funcionales, entidades adheridas mediante convenio, entidades agrupadas concurrentes⁸.

El anexo IV del Programa Operativo Plurirregional de Crecimiento Sostenible 2014-2020 se encargó de definir las áreas urbanas funcionales que

8. Como veremos, los programas de estrategias de desarrollo urbano sostenible contemplan la inclusión de municipios que, mediante un convenio en vigor, realicen actividades comunes sin tener que constituirse en el régimen de consorcio, área metropolitana u otros previstos en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público.

serían cofinanciadas por los proyectos europeos. Así, se definieron cuatro tipos de áreas:

1. Municipio de más de 20 000 habitantes cuya estrategia contemple la totalidad del término municipal o áreas urbanas sublocales (centro histórico, barrio desfavorecido, área con problemas específicos).

2. Agrupación de municipios con más de 20 000 habitantes cada uno. A nivel supralocal se constituyen con el fin de solventar problemas comunes, debiendo justificar dicha “asociación”, así como la forma en la que abordarán conjuntamente los asuntos, aprovechando las sinergias y complementariedades latentes.

3. Municipio o conurbación con más de 20 000 habitantes más municipios periféricos de menos de 20 000 habitantes cuyo término municipal sea limítrofe con el principal.

4. Conurbación de más de 20 000 habitantes constituida por agrupación de menos de 20 000 habitantes que tengan establecida una continuidad urbana física. En ellas se diluye la centralidad de la decisión y el “centro” se hallará en áreas policéntricas coexistentes.

Todas estas áreas contemplan estrategias integradas construidas sobre una perspectiva a largo plazo, suponiendo un soporte efectivo que abordará problemas y mejoras no puntuales.

1.4 Metodología

El principal elemento de discusión de este estudio se centra no en una evaluación de los resultados obtenidos o de niveles de implementación, informes muy presentes en toda la producción estratégica e integrada, sino en la metodología de las propias estrategias. Esta evaluación no solo propone de manera prospectiva el impacto que tiene la inclusión de los flujos migratorios sobre las estrategias, sino que abre la posibilidad a la inclusión de más variables y amplía las áreas de actuación a través de su toma en consideración.

Así pues, la identificación de estos flujos migratorios como una variable para la construcción de los modelos de desarrollo sostenible en ciudades y barrios sirve además de propuesta de ampliación, de aspirar a un enfoque cada vez más integrado que encuentre sinergias a distintos niveles funcionales. Esto atestigua la necesidad de una metodología bien depurada que, observando detalladamente los enfoques analíticos de las estrategias, ofrezca una visión más amplia.

Al ser un combate metodológico, ya que estamos hablando de estrategias que tratan diferentes esquemas analíticos como el DAFO o los procesos participativos como identificación de problemáticas, debemos presentar un arma distinta a las ofrecidas. Estas son por un lado conceptual y por otro analítica-descriptiva. Como bien se explica en el apartado anterior, el esquema del estudio se compone de tres elementos: trabajo conceptual, identificación de buenas prácticas, e integración, en un tipo manual, de lo anterior. Este despegue-aterrizaje no solo hace comprensible el estudio, sino que además contribuye a la formación e identificación del objeto y su pretensión. Como singularidad metodológica cada elemento contiene un interés propio y sustantivo, constituyendo en sí mismo un cosmos. La observación común de ellos pretende ilustrar una nueva apertura a fenómenos y experiencias sociológicas.

Dicho lo anterior, el objeto de referencia anteriormente citado se centra en la toma en consideración de los flujos migratorios como variable socioeconómica. Identificar este objeto no es una cuestión menor. De hecho, el estar construida sobre unidades agregadas dificulta aún más identificar sus devenires o la importancia de cada una de ellas. Esta complejidad nos lleva a la conclusión de que constituye en sí misma un cosmos de variables interrelacionadas que no entiende de fronteras. Precisamente este hecho sitúa a los flujos migratorios como uno de los elementos principales para comprender tanto la demografía como la economía en distintos sectores de un país. Si observamos la misma como un elemento estanco, siguiendo el criterio tan reconocido en la economía del *ceteris paribus*, podemos identificar su importancia y la necesidad de tomarla en consideración a la hora de elaborar las metodologías integradas de las estrategias de desarrollo urbano como cualquier otra que trate de incorporar distintos enfoques y variables multinivel.

Para ello, se utilizarán, al igual que se realizaron metodológicamente en el Acuerdo de asociación de España 2014-2020, aún vigente, los elementos que de acuerdo a los criterios de oportunidad traten de asegurar la idoneidad de su inclusión, su incidencia y su impacto, sin otro objeto que cumplir con las estrategias EU2020. Estos elementos tratarán contextualmente y haciendo un análisis prospectivo de servir de referencia a futuras estrategias de enfoque integral. Así pues, superficialmente se tratarán los flujos migratorios, su incidencia, sus efectos económicos y sociales, y su impacto sobre las estrategias que aún están siendo aplicadas en las distintas entidades y áreas funcionales, en el marco de las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado (EDUSI). Este análisis “superficial” no supone posicionarlos en un segundo nivel o en un nivel inferior, sino que atestigua la maleabilidad de los esquemas integrados y la necesidad de una constante valoración de los elementos que los componen. Así pues, de forma más profusa se valorará la capacidad

de los esquemas aún vigentes para la incorporación de esta variable en concreto abriendo la puerta a nuevas experiencias.

Este análisis se tratará desde un doble enfoque dado el número de agregados que lo conforman. Contemplará a distintos niveles un análisis de variables cualitativas que lo conforman como el caso de las variables sociales o políticas, así como cuantitativas a efectos demográficos o económicos de naturaleza más estadística y tangible. Su peso se ponderará con los objetivos temáticos (OT) y los enfoques estratégicos determinados en el Acuerdo.

Siguiendo este último nivel analítico se trata de permeabilizar, transferir, incluir la importancia económica de los flujos migratorios desde una perspectiva predominantemente cuantitativa, y en un segundo escenario su incidencia sobre el desarrollo social y cultural de las zonas susceptibles de ser catalogadas como áreas funcionales o que tengan un plan de desarrollo urbano en el marco de las EDUSI.

La novedad de incluir nuevos elementos en el esquema integrado supone dar un segundo paso en la mejora y las consecuentes probabilidades de éxito del desarrollo urbano sostenible. De hecho, siguiendo con el marco tipológico referido a objetivos temáticos, la misma selección de los objetivos temáticos prioritarios que desarrollaremos en adelante supone la adaptación de una estructura metodológica “modelo”, que es la que propone la Unión a la realidad de nuestro país. Sin duda, los evaluadores de la Dirección General de Fondos Europeos de España supieron identificar las idiosincrasias propias de las regiones españolas, y establecieron una ponderación sinérgica de los objetivos temáticos.

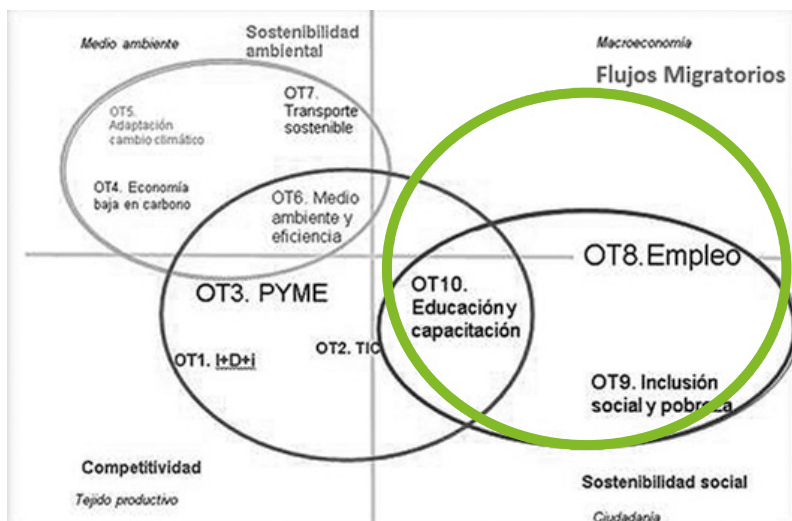
Concretamente, atendiendo a la situación del país y al enfoque estratégico se propuso el gráfico 1. En pos de la mejora metodológica que planteamos proponemos la introducción del círculo de color verde. Dada la propuesta acerca de la amplitud que introdujimos con anterioridad, se pretende desplazar el horizonte del sistema “ciudadanía” y “sostenibilidad social”, introduciéndose en la macroeconomía. La introducción de los flujos migratorios propone una ampliación del OT 9, una extensión hacia el sistema macro.

En líneas anteriores justificábamos la inclusión de los flujos migratorios como un cosmos, es decir, fenómeno independiente conformado por agregados individuales, y por tanto como un elemento de estudio macroeconómico.

Supone, por tanto, no la sustitución de la sostenibilidad social, sino su ampliación hacia espacios que integren más variables determinantes para el desarrollo urbano sostenible. Una ampliación que ya contempla la competitividad del tejido productivo y que podría asimilar igualmente la importancia de estos flujos para el desarrollo de las pymes, I+D+i. Sin embargo, hemos

considerado, dada su naturaleza, establecer mayor intimación con el objetivo temático 9⁹.

Gráfico 1



Elaboración propia a partir de la metodología empleada por el Acuerdo de asociación de España (2014-2020)

Quizás el mayor punto discordante respecto a la metodología del informe citado sea la aplicación del principio de parsimonia al análisis DAFO. Como se reconoce en dicho Acuerdo, se opta por la utilización de un número de argumentos estrictamente necesarios que ayuden a conocer de forma totalmente clarificadora las debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades propias del análisis. Este estudio, lejos de pecar de desproporcionado y ambicioso, centrará su atención en el principio de prudencia respecto a la adopción de los flujos migratorios como variable a introducir, y la consecuente propuesta de mejora metodológica. Igualmente en este caso el análisis descriptivo de las variables mencionadas no tendrá un carácter estratégico, sino prospectivo, que ayude a identificar mediante el análisis DAFO sus elementos.

Lejos de abogar por una metodología pragmática que la haga insertible, dada su extensión impracticable o su escaso o dudoso valor analítico, plantear unas bases u orientaciones más elásticas y adaptables a las características propias de las entidades locales terminará por facilitar el

9. La justificación de esta preferencia viene explicada con mayor detalle en el apartado 2.3.

desarrollo y mejorar la propuesta elaborada por el Grupo de Trabajo sobre Estrategias Integradas en Actuaciones de Desarrollo Urbano Sostenible. Como el mismo Grupo defiende en su texto, la elaboración y el desarrollo de la estrategia tienen un carácter flexible y deben adaptarse a la realidad territorial, la estructura institucional y la gobernanza, eso sí, contando con unas líneas maestras que se consideran comunes a todo plan. Hay que resaltar también que las redes sectoriales se han constituido como un elemento vital para la coordinación, el impulso, la orientación, así como diversos mecanismos incardinados a la consecución de las estrategias y la elaboración de planes integrales útiles. Como contrapartida, la puesta en común de problemas, resultados y en definitiva buenas prácticas trae consigo la exclusión de elementos diferenciados y la tendencia hacia modelos muy homogéneos, pero que discriminan las cuestiones incidentales y particulares. Sin duda, la redacción de las bases o líneas estratégicas de carácter general sirve de una innegable ayuda, y da soporte y orientación para el desarrollo de las estrategias y fundamento a su seguimiento y evaluación. En el primer paso para la asimilación de esta propuesta, se debe estar de acuerdo en que no existe una solución única que pueda ser válida para todos los entornos, y en que además no solo deben abordarse las variables desde su identificación concreta, sino también desde su marco y la utilización de una metodología que las integre a todas tanto desde el diseño como tras la implementación.

Como se expresó con anterioridad, con el presente trabajo tratamos de combinar sustancialmente una ampliación o incluso modificación de estas líneas maestras y la integración de los flujos migratorios. Ya que, como el mismo Acuerdo de Asociación para España 2014 reconoce, las nuevas propuestas para el desarrollo urbano exigen sean encuadradas en estrategias a largo plazo. Por ello, contar con un marco de referencia elástico que acumule todas las operaciones e intervenciones necesarias para contribuir a la estrategia de manera coherente es el reto que aquí se propone.

Sin duda, el concepto o mejor dicho conceptos que forman parte de los flujos migratorios tienen una complejidad añadida, puesto que habrá que identificarlos previamente en orden, forma y relevancia, presentándolos en su relación con cada uno de los OT y especialmente el 9. Presentar nuestro objeto de referencia desde una visión de conjunto nos restaría rigor a la hora de identificar el peso relativo de cada grupo, inmigrante, exiliado, emigrante y subgrupo: económico, político, por reagrupación familiar..., entre otros. En consecuencia, hay que ponderar cada elemento, hacer una clasificación que ofrezca garantías y que sirva de aplicación a las distintas características propias del elemento subjetivo.

Por tanto, presentamos un marco conceptual necesariamente extenso a las características propias de los dos objetos latentes en el estudio, para después combinarlos en una propuesta o hipótesis que centre la importancia e interconexión entre ambos elementos. Por un lado, las estrategias de desarrollo urbano y sostenible, traducidas en su configuración jurídica y su estructura metodológica, y por otro lado, los flujos migratorios. El valor añadido que resulta de la combinación de ambas experiencias constituirá una oportunidad, como hemos venido diciendo, para una mejora metodológica y una propuesta de buenas prácticas. Siguiendo el orden establecido en el índice observaremos de forma casuística algunos ejemplos de buenas prácticas o manuales elaborados por entidades objeto de estudio para identificar posibles mejoras, teniendo como variable a los flujos migratorios. Para ello, se estará al tanto de seleccionar áreas que por sus características o su representatividad sean referentes para el estudio del caso. Como conclusión a lo anterior se desarrollará un Manual de aplicación que comprenda el diagnóstico, los procesos y todo lo referido a la propuesta.

Dicho lo anterior, identificamos, siguiendo el esquema DAFO, las siguientes debilidades, amenazas, fortalezas y oportunidades de cara a comprender las dificultades de la introducción de los flujos migratorios en las estrategias.

DAFO DE LA METODOLOGÍA

DEBILIDADES		AMENAZAS	
Amplitud conceptual. Ausencia de producción que contemple una correlación con otras experiencias	Discrecionalidad política	Pragmatismo	Politización (partidista)
FORTALEZAS		OPORTUNIDADES	
Producción previa (manuales de buenas prácticas, directrices, instrucciones, acuerdos)		Nueva metodología (creación de un espacio metodológico que acepte nuevas variables coyunturales en el proceso)	

2

Marco conceptual

2.1

Análisis de las EDUSI. Marco conceptual

2.1.1

Marco normativo

Las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado –EDUSI– son definidas como un documento o documentos concretos y sistemáticos que se elaboran *ex ante* para planificar y dirigir actuaciones encaminadas a un fin. Por ello su desarrollo se produce con perspectiva a medio-largo plazo, atendiendo a elementos que por su importancia para la política en cuestión o por su influencia deben ser abordados¹⁰.

Estas estrategias son resultado “intelectual” de la Comunicación de la Comisión COM(2010) 2020 final, denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Estas prioridades se interrelacionan, se observan desde un enfoque integral, reforzándose mutuamente para consolidar un desarrollo sostenible general. Por ello su concreción se expresa en la misma Comunicación en una serie de objetivos que, aunque son representativos de las aspiraciones de la Unión Europea, no son exhaustivos e inmutables ante la realidad social europea.

Es por ello que las declaraciones contenidas en el texto enunciaban la necesidad de elaborar estrategias que comprendieran los males que acontecerían y acontecen a la Unión Europea, desde los problemas demográficos hasta problemas económicos o medioambientales. Unos problemas que deberían ser abordados de forma integral y tomando en consideración la triple alianza que supone el crecimiento inteligente, sostenible e integrador. En el mismo texto la Comisión se atribuyó la encomienda de reforzar, revisar y consolidar el papel de los instrumentos de innovación e instrumentos financieros tales como fondos estructurales de desarrollo agrícola o rural. Instrumentos que desembocarían más tarde en los programas de desarrollo urbano.

Normativamente el desarrollo urbano integrado y sostenible tiene su entrada en el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social

10. Definición obtenida de <http://edusi.es/>

Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo. Este Reglamento europeo surge originariamente del artículo 174 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, más conocido como TFUE. Este artículo establece que, a fin de reforzar su cohesión económica, social y territorial, la Unión se propondrá reducir las diferencias entre los niveles de desarrollo de las diversas regiones y el retraso de las regiones o islas menos favorecidas, y que se prestará especial atención a las zonas rurales, a las zonas afectadas por un transición industrial y a las regiones que padecen desventajas naturales o demográficas graves y permanentes, como las regiones ultraperiféricas, las regiones más septentrionales con una escasa densidad de población, y las regiones insulares, transfronterizas y de montaña.

Tras toda esta inspiración su materialización se produce en el artículo 7 del Reglamento, cuando obliga a dedicar al menos un 5 % de los recursos del FEDER (Fondo Europeo de Desarrollo Regional) a medidas integradas para el desarrollo urbano integrado y sostenible. Como el mismo Programa Operativo Plurirregional de Crecimiento Sostenible 2014-2020 reconocía, la sostenibilidad urbana hace referencia a la mejora duradera y a largo plazo de las condiciones sociales, económicas, ambientales de un área urbana singular. Para ello, aunque se consideren problemas específicos bien delimitados y jerarquizados, es necesario disponer de una estrategia integradora. Una estrategia que puede contemplar otros planes o actuaciones en ejecución o desarrollo. Por ello, en el asunto que nos ocupa es de interés la aplicación del Plan Nacional de Acción para la Inclusión Social 2013-2016, un plan que metodológicamente hablando no dista mucho de lo planteado por las estrategias, contemplando enfoques estratégicos de inclusión activa, modelos de gobernanza, coordinación y colaboración.

Como hemos visto las estrategias DUSI pueden incorporar otros planes nacionales. De igual forma las estrategias de desarrollo urbano que impliquen inversiones de fondos sociales europeos (FSE) o FEDER o fondos de cohesión pueden realizarse como inversiones territoriales integradas (ITI)¹¹. Las

11. Las inversiones territoriales integradas son instrumentos diseñados para el apoyo de un conjunto de acciones integradas en un área geográfica. Son, por tanto, instrumentos de gestión que permiten aplicar un enfoque territorial en la concepción de la implementación de las políticas públicas. Para ver más información acerca de este instrumento, acudir al capítulo III, artículo 36, del Reglamento (UE) n.º 1303/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013.

estrategias DUSI se configuran como una herramienta multinivel que puede incorporarse en distintos programas, así como incorporar programas externos. Este enfoque integrado contribuye a la adopción común de las políticas públicas adoptando medidas, procesos con el fin de dar una respuesta lo más eficaz y eficiente posible. El fomento del enfoque integrado, elemento vital para comprender las estrategias, se produce en el marco de la gobernanza, de manera que se generalicen culturas relacionales y transversales entre todos los agentes implicados. Por ello la coordinación con otros planes sectoriales, el aprovechamiento de los fondos a los que se accede tanto públicos como privados y la involucración de los distintos niveles de Gobierno, así como otros agentes sociales, constituyen los rasgos esenciales para progresar en la reflexión y gestión de estos diagnósticos urbanos que constituyen en esencia las estrategias DUSI (GONZÁLEZ MEDINA, 2011).

Puesto que estas estrategias son una herramienta viva que renace con cada convocatoria, los elementos que la componen, sean normativos, vinculantes o no, construyen su “sustancia”. Como ejemplo de esta evolución o mutación es innegable la influencia de la Agenda 2030. Esta Agenda, junto con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, ha marcado sin duda la senda más inspiradora respecto a las legislaciones nacionales. Concretamente la introducción de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas que los contemplan enuncian un nuevo horizonte, en el que los males endémicos de nuestra era son abordados desde todos los frentes. Un abordaje que se conjuga en una triple dimensión, integrada e indivisible. Esta dimensión económica, social y ambiental tiene su influencia sobre las esferas de mayor importancia tanto para la humanidad como para el planeta. Unas esferas que se constituyen en los grandes retos ya conocidos, como el fin de la pobreza y el hambre, la degradación del planeta, la paz mundial y la prosperidad, la solidaridad, la inclusión... Todo ello con el objetivo de mejorar las condiciones de todas las personas y la transformación del mundo en un lugar mejor, ni más ni menos.

Evidentemente esta generalidad, que es acogida con toda lógica por cualquier jefe de Estado, de Gobierno o alto representante, tiene una aplicación que debe tener en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada uno, respetando sus políticas y prioridades nacionales. Si algo impregna todo el documento, como resultado de 2 años de reuniones, grupos de trabajo, consultas a la sociedad civil, es que la sostenibilidad de nuestro sistema es imprescindible para su perdurabilidad, debiendo aspirar a un mundo en el que cada país disfrute de un crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible y de trabajo decente para todos, un mundo de sostenibilidad en el consumo y producción y la utilización de los recursos naturales.

Esta idea de la sostenibilidad no ha sido una conclusión novedosa, sino una confirmación de lo ya planteado en grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas. Entre ellas podríamos mencionar, como ya hace el propio texto, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social, la Plataforma de Acción de Beijing... Todos estos desafíos tratan de una forma u otra un contenido sustancialmente idéntico, por lo que las soluciones integradas son una conclusión lógica. Pese a esta incidencia constante en asuntos como la pobreza extrema, el acceso al agua, el empoderamiento de la mujer..., el desarrollo de las pequeñas economías dista bastante de los Objetivos de Desarrollo del Milenio que se acordaron hace ya 15 años. Asuntos como la salud materna, neonatal e infantil o la salud reproductiva son desafíos específicos de los países más vulnerables, como los mencionados países africanos, países menos adelantados, en desarrollo, sin litoral, y los pequeños Estados insulares, así como aquellos que se encuentran en situaciones de conflicto y posteriores.

En lo que aquí nos ocupa, la Agenda atestigua un reconocimiento a la positiva contribución de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible (Pto. 29 del Acuerdo). Asimismo, y quizás con más peso que su mero enunciado, reconoce que la migración es una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países tanto de origen como de destino y tránsito. Para su consideración la cooperación debe centrarse en fortalecer la resiliencia de las comunidades que acogen a los refugiados y particularmente a aquellos países en desarrollo. De igual forma, la gestión y el desarrollo sostenible del medio urbano son fundamentales para la calidad de vida de las ciudades y los pueblos. Para ello es imprescindible fomentar la cohesión comunitaria y la seguridad de las personas, estimulando la innovación y el empleo. En este entorno las tendencias y previsiones demográficas deben ser tenidas muy en cuenta para la elaboración de estrategias y políticas nacionales de desarrollo rural y urbano (Pto. 34). En razón de lo anterior, el Objetivo 10: *Reducir la desigualdad en y entre los países*, identificando como objetivo: “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. Asimismo, el apartado 10.c fija como objetivo, desde el momento de la firma hasta 2030, “reducir a menos del 3 % los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5 %”. Todo lo anterior nos señala expresamente la importancia de la consideración de los flujos migratorios ya no solo como un factor de inclusión, sino también como desarrollo sostenible.

2.1.2

Marco operativo

Sin duda, a nivel operativo las EDUSI poseen un esquema heredado del enfoque LEADER, destinado al desarrollo rural. De forma sucinta, los LEADER suponen un instrumento que lleva utilizándose desde hace 20 años, siendo un componente de las políticas de desarrollo de la Unión Europea. Este instrumento enmarcado dentro de la Política Agraria Común es aplicado a través del FEADER y otros fondos estructurales de inversión, en la actualidad denominados de “desarrollo local participativo”. Los 7 aspectos integrados no convergen en su totalidad en las EDUSI, pero sí comprenden:

1.– *Estrategias zonales*. Como veremos, las EDUSI enmarcan áreas urbanas. La delimitación territorial o zonal es un rasgo común de las estrategias.

2.– *Enfoques ascendentes*, teniendo como base la participación. La participación se erige como un deber inexcusable para el desarrollo sostenible, sea rural o urbano.

3.– *Grupos de acción local*. La creación de estas asociaciones público-privadas de acción y funcionamiento asambleario no tiene equivalente en las estrategias de desarrollo urbano.

4.– *Innovación*.

5.– *Acciones integradas y multisectoriales*. La consolidación de espacios integrados e interrelacionados supone un elemento fundamental en las estrategias, al igual que en el desarrollo local participativo.

6.– *Conexión en redes*. La interrelación entre agentes implicados a nivel operativo (asociaciones, colectivos) y competencial (ayuntamientos, áreas metropolitanas, diputaciones) manifiesta la necesidad de una respuesta común.

7.– *Cooperación*. En sus variantes interadministrativa o intraadministrativa, es un deber inexcusable, ya no solo para las estrategias, sino para la actuación misma de las Administraciones que estén implicadas directa o indirectamente en el asunto.

Las estrategias de desarrollo urbano sostenible e integrado (EDUSI) son dependientes del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), que, tal como enuncia el Reglamento 1301/2013 del Parlamento Europeo en su artículo 7.1, apoya “el desarrollo urbano sostenible a través de estrategias que establezcan medidas integradas para hacer frente a los retos económicos, ambientales, climáticos, demográficos y sociales que afectan a las zonas urbanas”. Esta afirmación pone de manifiesto una relación directa de naturaleza instrumental entre el FEDER, instrumento financiero emblemático de la Unión Europea (UE) para la armonización de sus países miembros y tra-

dicional vehículo de construcción de la identidad que legitima la Unión por encima del sentimiento nacional particular de cada uno de sus miembros, y las EDUSI. Esta relación es realmente una continuidad en los planteamientos programáticos recientes de la Unión Europea, aportando una nueva perspectiva orientada a la creación y al fortalecimiento de redes sectoriales. Las EDUSI plantean, por tanto, una innovación crucial a nivel funcional en lo referente a los programas integrados de desarrollo urbano: las estrategias dejan de concebirse desde una perspectiva *top-down*, jerárquicamente estructurada empleando un sistema de retroalimentación como única participación en el diseño por parte de los agentes implementadores, y entran en una lógica de agentes interrelacionados que enriquece a la vez que complejiza y politiza el proceso de diseño y decisión. La Administración pública, en cuanto abandona el modelo tradicional weberiano hacia nuevos horizontes caracterizados por la externalización y la agencialización, asume su naturaleza política y se pone en juego en el mercado de la gobernabilidad, gobernanza y legitimidad.

La perspectiva de red es, no obstante, un agregado al modelo de diseño de proyectos imperante en la actualidad, caracterizado por los siguientes elementos básicos, reflejados en las *Orientaciones para la definición de estrategias de desarrollo urbano sostenible integrado en el período 2014-2020*, elaboradas por la Red de Iniciativas Urbanas: observación e identificación de problemas y retos; análisis y diagnóstico multinivel; establecimiento de objetivos y expectativas; delimitación de recursos y área de actuación; plan de implementación y modelo evaluativo. Estos elementos se encuentran atravesados por los principios transversales planteados por la Unión Europea y, concretamente en el caso de las EDUSI, por los objetivos temáticos (OT). Estos OT son, en esencia, la enunciación de los planteamientos de desarrollo sostenible que inspiran la política de cohesión 2014-2020. En las EDUSI, los OT relevantes y seleccionados son los siguientes: OT2 (relacionado con administración electrónica y *Smart Cities*), OT4 (relacionado con la movilidad sostenible y la eficiencia energética), OT6 (patrimonio cultural y natural y acciones de rehabilitación y mejora del entorno urbano) y OT 9 (inclusión social). Hay otros OT relevantes y abordables desde una estrategia de desarrollo urbano que pueden ser tenidos en cuenta si se desea un resultado óptimo en la implementación; por ejemplo, aquellos relacionados con la mejora de la eficiencia de la Administración (OT11). Además, los OT se convierten en líneas de actuación, es decir, se operativizan directamente en planes concretos que organizan las intervenciones básicas. Los OT son, por lo tanto, la base ideológica de las EDUSI, del FEDER, y de toda la intervención de la Unión Europea en lo referente al desarrollo y a la financiación de los Estados miembros.

Si hablamos del nivel operativo, los OT son el instrumento metodológico que permite la transición de un primer bloque, el análisis y diagnóstico, a un segundo, las líneas de actuación y su evaluación. Si bien la evaluación continua debe permear a la totalidad del proceso de diseño (evaluación *ad intra*), el diseño de las EDUSI plantea un itinerario concreto cronológicamente organizado y estructurado en bloques de elementos, tal y como indicábamos anteriormente. No abundaremos en las particularidades metodológicas del diseño general de EDUSI, ya que existe literatura técnica a este respecto (Plan de Implementación de EDUSI del Ministerio de Hacienda, documentación de la RIU, etc.).

Uno de los principios más complejos y, por otra parte, más básicos en el desarrollo sostenible es el de transversalidad, consistente en la concepción de los elementos de forma holística en lugar de aisladamente. Esta transversalidad se entiende, por otra parte, de dos formas: la transversalidad horizontal (cruce temático e interrelación de elementos, actores y resultados) y la vertical (ruptura de la jerarquía burocrática tradicional y concepción de las políticas públicas como un ámbito de corresponsabilidad institucional más allá del modelo competencial). Como puede observarse, los procesos en red y los OT transversales son la manifestación operativizada de las dos perspectivas de transversalidad con las que se debe trabajar.

En la práctica, no obstante, esta transversalidad no se lleva a cabo en plenitud: los OT funcionan como compartimentos estancos donde se desarrollan las líneas de actuación, a las que se aplican indicadores particulares (indicadores de productividad y de resultado FEDER), y la negociación de prioridades opaca la relevancia de algunos elementos desde el propio análisis inicial, contaminando el resto de la actuación e impidiendo una verdadera integralidad. No queremos plantear un panorama irreal en el que las necesidades y las soluciones son completamente aprehensibles por los diseñadores de políticas públicas; más bien concebimos el proceso de diseño e implementación de las políticas públicas desde la perspectiva del *garbage can* (para que exista una política pública tiene que existir una demanda identificada y una solución posible), pero para que el modelo integrado sea realmente efectivo hay que limitar en la medida de lo posible la ausencia de elementos de análisis relevantes. Estos elementos suelen ser, principalmente, víctimas de la invisibilidad política y social, lo que les debilita enormemente en la negociación de las agendas que intervienen en los procesos de formación de las políticas públicas.

En el contexto de las EDUSI, al existir una concepción estereotípica del desarrollo urbano sostenible relacionado con la ecología y, a nivel social, con la eliminación de guetos y la rehabilitación de espacios públicos y

privados, es común obviar determinados acontecimientos sociales de plena vigencia y que verdaderamente afectan a la realidad social y política del territorio. Si hablamos, por ejemplo, del OT 9 (promoción de la inclusión social, lucha contra la pobreza y cualquier otro tipo de discriminación), los indicadores de productividad empleados como objetivo en las líneas de actuación específicas se limitan exclusivamente a la mejora en el acceso a los servicios sociales, y a la regeneración de vivienda y entorno público. Solo la población romaní, en cuanto ejemplo arquetípico de pobladores de asentamientos no regularizados, está reflejada en el catálogo de indicadores (aunque ni siquiera tiene un indicador propio). El resto de personas en itinerancia, en situación de marginalidad o, en general, necesitadas de intervención pública para mejorar su condición, son aglutinadas en categorías poco y mal definidas, lo que provoca su ausencia en los procesos de diseño de las estrategias. Tenemos, por lo tanto, un modelo operativo que obvia el principio ético tradicional del desarrollo urbano tradicional: la inclusión y eliminación de barreras físicas y sociales para el mejor funcionamiento de la sociedad concebida como un colectivo. Sin entrar en detalles que no nos ocupan aquí, la especulación urbanística ha ocupado sin fisuras ese espacio ético, convirtiendo las prioridades del mercado en las prioridades del desarrollo urbano en su totalidad. Esta lógica ha permeado en la acción pública y, por lo tanto, está presente en los planteamientos de los FEDER, EDUSI y demás instrumentos. Sin embargo, y como ya se ha comentado, la inclusión de elementos no presentes en los documentos técnicos básicos es elemental para que las EDUSI den una respuesta eficaz a los problemas que pretenden afrontar.

Para concluir con este análisis de los elementos más relevantes a nivel de diseño técnico, solo queda resumir: la visión de las estrategias debe estar orientada al trabajo en red, con una correcta identificación e integración de todos los actores afectados y afectantes, así como con un trabajo de contextualización suficientemente profundo. El vehículo técnico que transforma las problemáticas en propuestas de solución son los objetivos temáticos de la política de cohesión para el desarrollo sostenible, a los cuales hay que prestar especial atención, conociendo la inspiración política y normativa de todos ellos y apropiándonos de las herramientas que aportan. Por último, la transversalidad es el concepto rector de la acción pública en el modelo de estrategia integrada, y debemos aplicarla a cada paso con diligencia.

2.1.3 Casos seleccionados

- **Estudios de caso: consideraciones previas**

Los estudios de caso que seleccionamos representan, dentro de la clasificación que se desarrolla a continuación, áreas urbanas con distintas características políticas y problemas que se han venido definiendo en las estrategias integradas. El elemento común a todas ellas es la viabilidad de la introducción de flujo migratorio como variable, sea por su incidencia directa o indirecta sobre los procesos productivos, desarrollos urbanos o económicos. Así pues, dada la amplitud que se puede derivar, existiendo tantas áreas urbanas como estrategias integradas dispersas por todo el panorama nacional, es obligatorio, metodológicamente hablando, hilar una clasificación que ayude tanto a comprender como a seleccionar estos estudios más representativos. Esta representatividad reside en su vinculación al objeto de estudio, es decir, a la importancia de los flujos migratorios, especialmente la inmigración, en el desarrollo de la Estrategia.

Dicho lo anterior, es necesario establecer una división que contemple las distintas dimensiones de los flujos migratorios, ya no desde la naturaleza, definición que veremos en los próximos apartados, sino centrando la atención en la identificación del espacio operativo. Así pues, obtenemos varios escenarios o espacios operativos, a saber: área de acogida, área de tránsito y área de recepción.

En un primer escenario tenemos la primera toma de contacto con el inmigrante o con el flujo. Aunque podemos predecir que, *grosso modo*, su incidencia sobre los factores que desarrollaremos es discreta, hay que saber identificar la adaptación de estos centros o áreas de acogida a los importantes flujos de inmigración. Estos cambios pueden llegar desde sus estructuras institucionales locales, la integración en la agenda política de unas concejalías o delegaciones de asuntos sociales, o incluso la habilitación de infraestructuras.

En un segundo escenario su incidencia es más latente, principalmente por la temporalidad de la estancia y las probabilidades de permanencia. La espera de oportunidades laborales, o las expectativas de destino, hacen que las estancias, aunque tengan la consideración de temporales, puedan llegar a erigirse como definitivas. Esta situación comprende una gran cantidad de factores que trataremos de identificar para tratar de acotarla lo máximo posible y diferenciarla con el siguiente espacio.

Por último, tenemos el escenario que con mayor incidencia promueve el desarrollo ya no solo económico de un espacio urbano. En este punto comienza el proceso de integración de las culturas, hábitos políticos y sociales tanto del país receptor como del emisor. Como veremos en apartados posteriores los flujos migratorios tienen rara vez en mente la consolidación social, económica, familiar y cultural en el espacio al que se llega. Esto quiere decir que a rasgos generales la inmigración no tiene una vocación de permanencia, siempre tiene en su horizonte el retorno, cuando las cosas vayan mejor. Entre esas “cosas” podemos encontrar cuestiones políticas, étnicas, raciales e incluso de género, económicas, familiares...

Sin perjuicio de lo anterior hay que comprender que la identificación de estas áreas no supone la confirmación de su estanqueidad; estos compartimentos se interrelacionan y evolucionan de caso a caso.

Llegados a este punto, a continuación se presentarán los casos más representativos, habiendo sido considerados, desde el estudio cuantitativo del Observatorio de Inmigración, principales focos de los flujos migratorios. En estas líneas se identificará qué aspectos han seleccionado en el asunto que nos ocupa las EDUSI.

• *Análisis de las principales EDUSI*

■ *EDUSI Alicante: Área Las Cigarreras*

El área urbana que selecciona abarca cuatro barrios que conforman la vaguada que sucede entre dos montes: Benacantil y Tosal. Esta área comprende un atractivo paisajístico, medioambiental y patrimonial, y por otro lado como eje vertebrador entre la “ciudad nueva” y la “antigua”. El desarrollo de esta área ha destacado por la falta de su planificación, y un desarrollo que ha terminado por definir una falta de conexión entre sus barrios y numerosos problemas de accesibilidad. Esto, junto con otras variables como la desvitalización económica y el deterioro físico y social en algunos núcleos, ha generado un descenso de la actividad económica y comercial de la zona, así como el traslado de familias con escasos recursos o el envejecimiento de la población.

Atendiendo al análisis social de la zona escogida por la Estrategia, observamos, a través del análisis del número de usuarios de servicios sociales (un 7,5 % utilizan estos servicios, frente al 5,79 % del resto del municipio), cómo presenta un alto grado de dependencia, precariedad, pobreza y consecuentemente aislamiento social. Estos mismos servicios sociales reconocen un alto grado de vulnerabilidad derivado de una mayor presencia de población inmigrante con escasos recursos, sin redes

familiares de origen marroquí y latinoamericano. En razón de esto se identifica como una debilidad de la zona.

Derivado de esa identificación se introduce como un colectivo de riesgo que presenta un reto en la aplicación horizontal del principio de igualdad de oportunidades y no discriminación. Pese a existir un Consejo Local de Inmigración aprobado el 24 de septiembre de 2015 por el Pleno de Alicante, la Estrategia carece de un análisis pormenorizado de las características propias de la inmigración, aun reconociendo un crecimiento sostenible y siendo uno de los destinos preferidos por los ingleses¹². El municipio alberga a 239 812 extranjeros en Régimen de Libre Circulación y 108 895 extranjeros en Régimen General, estando en el primer supuesto en el 3.º puesto, por debajo de Madrid y Barcelona, y en el segundo supuesto en el 4.º puesto, por debajo de Barcelona, Madrid y Murcia.

■ *EDUSI Barcelona: Eje Besòs*

Barcelona destaca por ser una de las provincias con mayor influencia al margen de sus límites administrativos. De hecho, la propia Estrategia la reconoce como el centro de una de las áreas metropolitanas más importantes de Europa, implicando un gran número de intercambios funcionales diarios. Su categorización según el “Estudio de tipología de ciudades españolas, sus necesidades y propuestas de intervención en el tramo de desarrollo urbano sostenible de la programación FEDER 2014-2020”, la sitúa como una ciudad costera, multi-servicio e industrial, aunque esta última se limita a la zona de Sants-Montjuïc, y la más importante: metrópolis nacional.

El Eje Besòs colinda con el cauce del río Besòs, al noreste de la ciudad, y está conformado por diez barrios en los que viven 114 271 personas. Su selección se debe principalmente a cuestiones de índole social, relacionadas con la exclusión, pobreza energética, baja cualificación, entre otras. Con un 29 % de inmigración respecto al 22,2 % que representa la ciudad, la importancia de los flujos migratorios, en este caso consolidados, se distribuye de forma dispersa. Cabría destacar Trinitat Vella y Besòs y Maresme, la una con un 27,8 % de población inmigrante y la otra con un 23,6 %, respecto al 15,5 % que representa Barcelona en su conjunto. En razón de esto se plantean varios programas de refuerzo de servicios sociales a colectivos en riesgo de exclusión, relacionados con la disminución del número de personas en paro, el equilibrio de la brecha digital, la mejora del espacio de calidad ambiental y

12. Uno de cada dos británicos reside en Alicante según datos del Observatorio Permanente de Inmigración.

patrimonial, o la disminución del fracaso y el abandono escolar prematuros, centrando su campo de intervención sobre la integración socioeconómica de comunidades marginadas como la romaní. Como en toda metrópoli, la inmigración es claramente con una vocación económica. Tanto es así que la población extranjera en Barcelona está conformada por 82 394 personas (2014), representadas claramente por una mayoría de jóvenes en edad de trabajar respecto a la media autóctona. La distribución, como hemos visto, es dispersa, aunque adolece de cierta homogeneidad, partiendo de 4000 personas por cada distrito. Esta Estrategia trata de forma integrada, entre otros barrios, el barrio de Sant Martí, en el que podemos encontrar hasta 15 000 habitantes procedentes de otros países. De forma más ilustrativa, recurrimos al mismo gráfico de que hace uso la EDUSI.

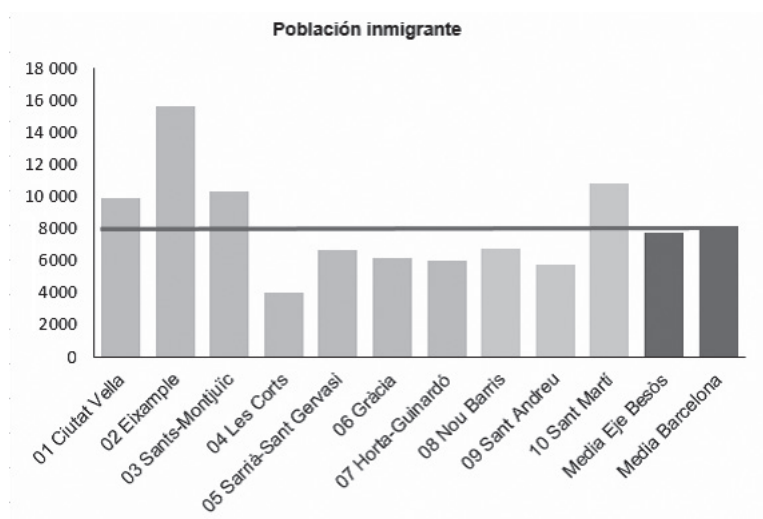


Gráfico de Barras: Elaborado para la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible 2014-2020

En otro ámbito la inmigración que se desarrolla en el Eje Besòs tiene una peculiaridad significativa. Como se aprecia en el Gráfico de Barras II, la media de alumnos extranjeros matriculados en bachillerato supera a la media de la ciudad.

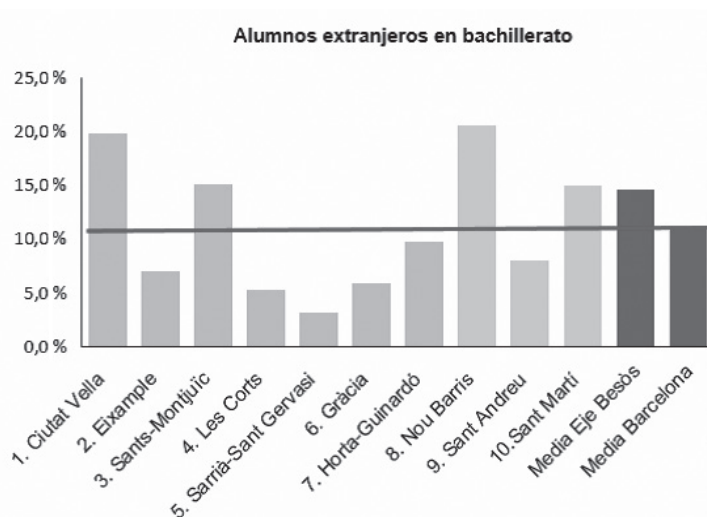


Gráfico de Barras II: Elaborado para la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible 2014-2020

Esto da cumplida cuenta de la importancia del desarrollo de políticas de naturaleza encaminada no solo a la integración o la aplicación como principios transversales, sino también a la adecuación a las idiosincrasias propias de estos sectores que, aunque en términos absolutos constituyan una minoría, no dejan de representar a colectivos en riesgo de exclusión o con características propias que pueden hacer de una estrategia un plan inservible. El caso Eixample puede ser un claro ejemplo de la necesidad de desarrollar una política encaminada al desarrollo de infraestructuras o planes de estudios dirigidos a extranjeros, para fomentar ya no solo su inclusión, sino también su desarrollo personal y económico.

Finalmente, otro fenómeno a destacar dentro del estudio que nos ocupa es el alto porcentaje de embarazos en adolescentes entre 15 y 19 años. De este fenómeno la Estrategia, que lo identifica como un problema sin argumentar en qué términos, extrae una relación causal entre la cultura y las tendencias precoces a los embarazos, sean deseados o no. Esto aporta cierto equilibrio a la pirámide de edad, prosiguiendo con la tendencia de que los perfiles inmigrantes están asociados a jóvenes en edad de trabajar que pese a todo pronóstico tienen un interés real por formarse y desarrollarse en la ciudad.

Si hacemos una recapitulación podemos extraer varias conclusiones de la Estrategia: identifica perfiles de forma más concreta, aunque sin atender a su carácter multidimensional; reseña algunas políticas encuadradas dentro del OT 9, es decir, desde la perspectiva de la inclusión; y, lo más importante, lo identifica como una amenaza, identificando una correlación causal entre inmigración y pobreza y exclusión.

■ *Edusi Valencia: El Cabanyal – Canyamelar – Cap de França*

Este conjunto urbano tiene un fuerte carácter identitario, y así lo afirma la Estrategia. Derivados de esta conciencia vecinal y su arraigo, a lo largo de los años 90 resultaron varios movimientos vecinales, que tuvieron como consecuencia la resistencia pacífica frente al expolio y a las agresiones urbanísticas continuadas en esta época. Los problemas de infraestructuras se añaden a los ya repetidos en otras estrategias: el envejecimiento de la población, la incidencia del paro, el deterioro de los servicios públicos en dicha área, el incremento de la población dependiente en riesgo de exclusión, y, como consecuencia de todo ello, el fuerte deterioro de la convivencia. Sin embargo, frente a la presencia de la exclusión social o de factores socioeconómicos determinantes para el desarrollo de la Estrategia, esta centra su atención sobre las medidas encaminadas a la mejora de las infraestructuras y a potenciar los espacios de playa y mejoras medioambientales.

Si pudiéramos buscar una explicación a este análisis, habría que destacar la presencia alta de solares abandonados, además de viviendas de una altura más bien baja (un 75 % que no supera las 3 plantas). Esto crea una población muy dispersa que, unida a la exclusión y falta de integración, conlleva problemas de convivencia. Esta área urbana tiene un número de habitantes bastante inferior al del caso de Barcelona, contando con 20 580 habitantes. El empleo se constituye como uno de los principales problemas, siendo los colectivos especialmente afectados los jóvenes de etnia gitana. Siguiendo la estela de barrios que poseen altos índices de exclusión, la población extranjera es notable, siendo la de mayor número la rumana. Resumiendo, demográficamente representa un barrio de contrastes, débilmente identificados con poca densidad por poblado, envejecido, pero con alta presencia de jóvenes y niños inmigrantes o extranjeros nacidos en Valencia.

Entrando de lleno en el análisis que nos ocupa, la Estrategia es tajante al determinar problemas de convivencia y su íntima relación con las dificultades derivadas de la inmigración, como lo es, por ejemplo, la comunicación. Los distintos segmentos poblacionales señalan una falta de integración y el desarraigo como el principal elemento que la dificulta. Estos comportamientos afectan a una doble dimensión, por un lado pública y por otro privada, relacionada con ruidos o higiene en una esfera más cotidiana.

Una de las debilidades es precisamente esta falta de integración de los inmigrantes, con especial mención a la etapa de la niñez y juventud. Esta falta de integración encuentra en la Estrategia su manifestación en las dificultades o –incluso llega a decir– la escasa comunicación entre la minoría más vulnerable y las pocas ayudas a la integración. Si identificamos como el principal sujeto

al inmigrante joven o menor de edad, la Estrategia ofrece una lectura sobre su exclusión: la exclusión proviene de la búsqueda de las familias españolas de separar a sus hijos de la inmigración y de la población gitana, aumentando la creación de guetos. Este análisis, que carece de un respaldo metodológico que lo sustente, ofrece una visión muy sesgada sobre los movimientos y las relaciones de los ciudadanos naturales de Valencia y los inmigrantes o colectivos en riesgo de exclusión. Sí identifica, confiando en que existe un respaldo cuantitativo a la afirmación, a los colectivos de jóvenes inmigrantes con problemas de comunicación, el principal foco de dificultad de la integración; habría que atender activamente esta demanda para que su amenaza o debilidad, según se observe a largo plazo, suponga la inaplicación de la Estrategia.

Cerrando, la tendencia de las EDUSI por integrar los flujos migratorios y su influencia como uno de los principios horizontales van delimitando la práctica habitual de su inclusión. Contemplar programas culturales y de formación que estimulen la integración social de colectivos como la población gitana o inmigrante es ya un quehacer habitual en la redacción de estas estrategias. Sin embargo, la ausencia de su transversalidad da cumplida cuenta de su inclusión formal por una cuestión meramente burocrática.

■ *EDUSI Madrid*

Todas las estrategias que hemos podido analizar hasta ahora destacaban por su nivel de concreción espacial, es decir, por haberse acotado según áreas específicas que destacasen necesidades íntimamente relacionadas con el desarrollo urbano. Llegados a este momento, la EDUSI de Madrid representa una dimensión mucho más amplia y, en consecuencia, compleja.

Aunque la Estrategia desarrolla una visión global de la ciudad, termina dando por impracticable un abordaje de asuntos y problemas concretos, sin especificar qué áreas y qué barrios. Así pues, comprende la siguiente área de actuación:

- ✓ Moncloa: Casa de Campo.
- ✓ Latina: Los Cármenes y Puerta del Ángel.
- ✓ Arganzuela: Imperial, Acacias, Chopera y Legazpi.
- ✓ Carabanchel: Comillas, Opanel y San Isidro.
- ✓ Usera: Orcasur, San Fermín, Almendrales, Moscardó y Pradolongo.
- ✓ Villaverde: Los Rosales y Butarque.
- ✓ Puente de Vallecas: Entrevías.
- ✓ Villa de Vallecas: Casco histórico de Vallecas.

Abordar de forma pormenorizada cada uno de los barrios desatendería el objeto de este apartado, que no es otro que ilustrar acerca del papel que juegan

los flujos migratorios y la incidencia en este caso de la inmigración sobre las estrategias, fijando la atención sobre qué tienen que decir y cómo.

Si algo se vislumbra en esta Estrategia con mayor asertividad es la necesidad que tiene toda el área de padecer un nuevo proceso migratorio para revertir la tendencia de envejecimiento. Esta tendencia sitúa en el año 2023 una constricción de un 9 % de población entre 30 a 59 años, pasando de 1 455 764 a 1 324 351 habitantes. Hay que señalar que, como expresa la Estrategia, un gran número de extranjeros adquieren la nacionalidad, haciéndose difícil identificar las características propias de estos colectivos.

A diferencia de otras estrategias que identifican la inmigración con dificultades de integración se celebra una baja segregación de población extranjera. Esta dispersión por toda la ciudad ha evitado la aparición de grandes guetos, cosa que sucede en otras ciudades europeas, con los consecuentes problemas de marginación e inseguridad. La multiculturalidad y la presencia de diversos colectivos de distintos orígenes han sido absorbidas por la ciudad de Madrid, haciendo de esta una ciudad cosmopolita y abierta. Tal y como sigue la Estrategia, sin ningún tipo de precisión estadística o cuantitativa, se determina un predominio de población suramericana cuyas grandes coincidencias culturales han contribuido a facilitar su integración en nuestra sociedad. Lejos de hacer una valoración sobre el escaso valor analítico o la falta de rigor estadístico de dicha Estrategia, quizás la carencia más notoria sea pasar por alto que, en este caso, la Comunidad de Madrid cuenta con un 16,3 % de extranjeros, es decir, 527 236 extranjeros en Régimen de Libre Circulación y 355 774 en Régimen General. Ciertamente es que los datos que aquí damos son del conjunto de la Comunidad de Madrid, es decir, sobre 6 578 079 habitantes, de los que Madrid representaba 3 223 334 habitantes a uno de enero de 2018. Cuesta comprender el rigor de esta Estrategia, al menos en el asunto que nos ocupa, cuando en una primera aproximación a la Estrategia esta enuncia, como hemos visto en líneas anteriores, un predominio de la población suramericana.

Contrariamente a ello, el Informe del Observatorio Permanente de la Inmigración a 31/12/2018 desvelaba una población de 219 532 rumanos, muy por encima de los 41 608 ecuatorianos o 29 496 colombianos. Siguiendo con algunos datos, es importante la presencia de 57 018 chinos o 30 414 búlgaros, situándose en el top de todas las comunidades de España.

Estos números atestiguan una debilidad de la propia Estrategia, que puede suponer un mal diagnóstico para el desarrollo y la puesta en marcha de proyectos dirigidos a la integración de los inmigrantes en el municipio, y el desarrollo del objetivo temático 9 en este sentido.

Aun así, hay que destacar la presencia de estructuras como el Foro Madrid de Diálogo y Convivencia. Este Foro tiene la tarea de asesorar en materia de convivencia social al Ayuntamiento. Igualmente, la integración y la normalización de los colectivos inmigrantes de la ciudad de Madrid son abordadas desde un enfoque multinivel, observando la necesidad de avanzar dentro de su marco competencial y normativo, a través de la Comisión Bilateral de transferencia de competencias y servicios Comunidad de Madrid-Ayuntamiento de Madrid, en relación con estas situaciones. Esto quiere decir que la voluntad y las estructuras sí están al servicio de identificar, al menos de forma más adecuada, la incidencia de un flujo tan importante como es la inmigración.

Para finalizar, esta Estrategia prosigue con la tendencia de identificar la inmigración como una amenaza y debilidad en el análisis DAFO. En un primer aspecto dirigido hacia los crecimientos demográficos y en un segundo punto al ser un colectivo vulnerable.

■ *Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado: Murcia IT*

En primer lugar, son de destacar la atención a los colectivos, a la diversidad cultural, y el carácter social de la Estrategia como elementos vertebradores de la reflexión, así como el fuerte compromiso con los ciudadanos más vulnerables. La Estrategia promueve la participación ciudadana directa en la identificación de retos y áreas de intervención, por lo que no se refiere únicamente a su instrumentalización, sino a su constitución como una auténtica finalidad que integra.

En una perspectiva formal es de celebrar su declaración de mutabilidad, siendo su contenido un documento base sobre el que partir, y susceptible de sufrir modificaciones a lo largo del tiempo. Siguiendo en este aspecto, en la metodología DAFO tiene lugar la identificación de la inmigración como una debilidad dentro de la estrategia para Murcia 2020, concretamente como un problema social: fuerte presencia de población inmigrante. Asimismo supone una amenaza para la Estrategia el elevado crecimiento de la población no local, sin especificar a qué perfil se refiere exactamente, incrementando los posibles desequilibrios en la cohesión social. Por otro lado, la inmigración sigue siendo, para los problemas de la despoblación o los bajos índices de natalidad, la gran solución, estableciendo una correlación entre las disminuciones de flujos migratorios y la crisis demográfica.

Igualmente tenemos una nueva mención de las dificultades en cuanto al desarrollo urbano e infraestructural con áreas periurbanas, dispersión territorial y barreras que excluyen a barrios desfavorecidos.

Visto lo anterior extraemos una conclusión lógica. Existe un doble prisma de los flujos migratorios: primero se presentan como una debilidad

del modelo estratégico, ya que pueden fomentar desequilibrios de cohesión social, y por otro lado equilibran las tasas demográficas. Este doble papel conlleva la necesidad de adoptar un tratamiento personalizado para el área urbana, ya que en algunos casos será debilidad y en otros una amenaza como fruto de un movimiento migratorio coyuntural.

De forma particular y característica de esta Estrategia es, hasta el momento, el municipio que más ha tratado, al menos estadísticamente, el reto que plantea la población extranjera a las estrategias, realizando un estudio pormenorizado de los flujos. Siguiendo algunas líneas que recoge el apartado de la EDUSI 2.5.3. *Población Extranjera*, el fenómeno inmigratorio es el que mejor explica el dinamismo poblacional del municipio. Solo cabría mencionar, dada su importancia, que a comienzos de siglo la población extranjera suponía un 1,5 % de la población, mientras que en 2015, fecha de elaboración de la Estrategia, se sitúa en un 11,17 % sobre el total. A pesar del descenso que provoca la crisis económica y su caída anual, sigue siendo un esfuerzo necesario la integración del conjunto de la sociedad, sobre todo por la rapidez del fenómeno migratorio.

En este orden la población extranjera es predominantemente masculina en edad laboral, procedente de Marruecos, Ecuador, Bolivia y Colombia. Es interesante asimismo mencionar el cambio que en lo que a flujos se refiere ha sufrido Murcia, pasando de ser una Comunidad exportadora, es decir, con tasas importantes de emigración económica, a ser el destino de inmigrantes que, por motivos laborales, de reagrupación familiar a consecuencia de lo anterior o residenciales, acaban en el municipio.

Pese a la dispersión poblacional enunciada, la población extranjera tiene altos grados de concentración en la zona sur y pedanías pertenecientes al Campo de Murcia, en las que en algunos casos se registra un porcentaje del 40 % o más de población extranjera. Ni que decir tiene que esta presencia es determinante para el desarrollo de ciudades, pedanías o cualquier espacio urbano.

■ *Almería 2020: Almería ciudad abierta*

El sistema de cultivo de invernadero ha cambiado la ciudad totalmente, ya no solo en el aspecto físico y económico, sino también con la transformación de la sociedad almeriense. En la primera mitad del siglo pasado, Almería destacó por ser una ciudad donde la emigración jugaba el papel más determinante dentro de los flujos migratorios; pues bien, el panorama ha cambiado radicalmente, siendo ahora el destino favorito de perfiles específicos de inmigración en edad de trabajar. Concretamente conviven en la ciudad 117 nacionalidades distintas, con un alto porcentaje de nula cualificación profesional.

Este primer escenario que se plantea recalca la importancia de la adopción analítica a nivel metodológico y político en el desarrollo de las estrategias de desarrollo urbano. De hecho, tiene su consideración en la formulación de problemas de la Estrategia a través de la toma en consideración del II Plan de Inmigración de Andalucía (2006-2009), elaborado por la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, órgano de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía. Siguiendo en este sentido, la Estrategia contempla dentro de la identificación de problemas vinculados al desarrollo urbano la rápida llegada de personas inmigrantes de procedencias culturales diversas, proponiendo varios planes existentes, a saber: Almería 2020, Proyecto IPARTICIPATE, y el Plan Municipal de Inmigración. Por lo tanto, y así lo concibe la Estrategia, se puede clasificar como un reto social y demográfico la inclusión plena de los inmigrantes en la ciudadanía almeriense.

Entre las actividades desarrolladas en el ámbito del desarrollo del Turismo cabría destacar el proyecto denominado TURYMAR. Este programa de cooperación transfronteriza España-Fronteras exteriores desarrolló un diagnóstico del sector en la provincia de Almería y Tetuán, mediante la metodología DELPHI. El desarrollo común de estrategias y las sinergias en cuanto a experiencias en el desarrollo de políticas no solo son una herramienta enriquecedora ya a nivel cultural, sino que además contribuyen a una adopción más multidimensional de estas.

Desde que aparecieron los primeros efectos de la crisis económica, los grupos sociales que más sufrieron sus consecuencias fueron los que carecían de nacionalidad española y otros en riesgo de exclusión, como mujeres o personas con discapacidad. Como identificamos con anterioridad, el perfil de inmigración destaca por un nivel muy bajo de cualificación o casi nulo, por lo que su desarrollo laboral y económico sucede en el sector de la agricultura y la pesca. Quizás el punto que puede generar controversia es si esto sucede porque están poco cualificados o porque es precisamente la captación del perfil de inmigrante que se hace desde los sectores productivos de la zona, que ven en la inmigración un abaratamiento de costes. Aunque este asunto no es objeto de estudio, sí hay que recalcar que las motivaciones son determinantes para identificar el perfil de inmigrantes, sus aspiraciones en la comunidad y, por tanto, su incidencia en el desarrollo de las áreas urbanas. Por ello existen actuaciones que están encaminadas a la capacitación, como es el caso del desarrollo de cursos de alfabetización informática dirigidos a inmigrantes, o su inclusión como beneficiarios en las estrategias integradas de *Almería Smart City*.

A fecha de 2015, fecha de elaboración de la Estrategia, el número de extranjeros residentes en Almería lo formaban 17 578 personas, número algo inferior al número de ciudadanos nacidos en el extranjero, 24 131, lo que

señala las adquisiciones de nacionalidad que surgen cada cierto tiempo. De este total destaca un 48 % de población de origen norteafricano, principalmente de Marruecos y Argelia, debido a su conexión marítima. El segundo colectivo se repite con cierta asiduidad en las poblaciones españolas; los rumanos constituyen el segundo colectivo de mayor presencia: 3444 personas y 28 547 en toda la provincia. Por último, y con mayor presencia en la capital (2134 personas), se encuentran los hispanoamericanos, que, siguiendo las líneas de la Estrategia, identifican menores dificultades de integración, por lo que fijan su residencia aquí.

Sin embargo, como es bien sabido, aunque la inmigración es un elemento estructural, discurre como si de una marea se tratase, teniendo etapas de inflación y otras de deflación. En áreas en las que el motivo económico es el motivo sustantivo que promueve estas mareas, existe una vinculación claramente asociada a las oportunidades laborales. Para tomar un ejemplo de la misma Estrategia, de 2003 a 2006 la inmigración superó a la emigración; sin embargo, de 2007 a 2008 fue todo lo contrario.

El esquema añade un nuevo matiz a las debilidades que plantea la Estrategia en el asunto inmigratorio. Puesto que la población inmigrante se constituye en su mayoría por personas provenientes de África del Norte, existen dificultades propias de la integración, como el cumplimiento de los requisitos administrativos, al no ser países miembros de la Unión Europea; esto mitiga la velocidad de su integración. Hasta ahora, esta es la primera Estrategia que identifica de forma específica los problemas atribuibles a colectivos concretos sin utilizar generalidades relacionadas con la escasez de recursos, las dificultades de integración derivadas de ella, entre otras.

En su estudio integrado, añade una tipología sobre barrios vulnerables para identificar las áreas urbanas en mayor riesgo de exclusión, a saber, los barrios de El Puche y El Zapillo. Esta mención merece ser incluida principalmente porque los barrios vulnerables han introducido para su identificación tasas de inmigración. Esta identificación se realiza a través de áreas estadísticas calificadas como vulnerables a partir de secciones censales superiores a valores de referencia relacionados con medias nacionales. En el caso del Zapillo, su posición como barrio vulnerable lo hace principal objeto en el desarrollo del OT 9, en este caso a través de la rehabilitación integrada del barrio. El abordaje de esta política sería incomprensible sin la asimilación de la población extranjera. Tanto es así que en este barrio existe una presencia del 22,4 % de población extranjera, siendo en esta última década el lugar en el que se dan más intervenciones por casos de prostitución extranjera, 382 intervenciones en 2015.

- *Casos especiales*

- ***Programa operativo de la Ciudad de Ceuta y Melilla 2014-2020 y las buenas prácticas en el barrio del Príncipe Alfonso (Ceuta)***

Como bien indican las convocatorias para las EDUSI, tanto Ceuta como Melilla están incluidas en los programas operativos FEDER 2014-2020. Ceuta y Melilla tienen, en términos europeos, la calificación de Región Especial por la situación geográfica y por sus características políticas, por lo que tienen una serie de condiciones especiales de integración referidas principalmente a efectos aduaneros, con la exención en materia de política comercial común en asuntos de importación y exportación.

Ambos territorios forman parte del espacio de Schengen, pero tienen de aplicación controles de salida de todos los ciudadanos, debido al régimen específico de exención de visado para los ciudadanos marroquíes de Tetuán y Nador. Por ello, aunque no sean objeto de los programas estratégicos DUSI que aquí planteamos, dedicaremos algunas líneas a la consignación de los flujos migratorios como variables determinantes en el desarrollo urbano a través de los programas operativos.

Melilla tiene una serie de problemas específicos como son el desempleo, la exclusión social, el aumento sistemático de población inmigrante, minorías étnicas, congestión urbana, y problemas relacionados con la calidad del aire y medioambientales. Frente a estos asuntos, la Ciudad Autónoma no tiene la capacidad económica ni estructural suficiente, por lo que la atención desde estos programas operativos es más que necesaria. La integración de la población inmigrante se erige como un problema que afecta al desarrollo territorial y en múltiples sentidos (sociales, económicos, culturales...). Adicionalmente los lindes de la Ciudad Autónoma con Marruecos hacen que los flujos de entrada y salida de inmigrantes sean constantes, tanto es así que pese a la crisis económica la presencia de estos flujos ha sido constante y creciente. Un 15,1 % de la ciudad es de origen extranjero, siendo el 82,8 % de origen marroquí, el 51,1 % hombres. Si a estos datos oficiales se adicionan los más de 2508 inmigrantes ilegales que entraron por la frontera sur en 2012, los niveles de población inmigrante marroquí pueden generar grandes conflictos sociales si no se procede a una integración integral y efectiva. Las dificultades de esta situación administrativa aparecen sobre todo en la incorporación al mercado laboral, y el consecuente desarrollo en paralelo de actividades económicas tanto delictivas como sumergidas.

Todo este panorama ha dado lugar a diversos programas, estrategias y planes como la Agenda 21, RIS 3 o el Plan de Generación Urbana, además de

toda una infraestructura institucional constituida por consejerías sectoriales de la Ciudad Autónoma. El Programa Operativo supone un paso más en el desarrollo común y multinivel que se plantea desde la ciudad melillense, un *paso más hacia la sostenibilidad*¹³.

El Programa Operativo presenta una división por ejes temáticos, con un abordaje específico sobre asuntos dedicados a la mejora de infraestructuras o servicios sociales. Sin duda, la primacía del continente, es decir, de los aspectos más cuantificables a corto plazo, como la creación de una ludoteca o un centro cívico, son las opciones preferidas tanto por programas operativos como por EDUSI. Sin embargo, sabemos que los programas a largo plazo que pretendan una inclusión efectiva no se solventan con actividades lúdicas y de recreo, sobre todo si tenemos en cuenta la escasa asistencia a estos eventos. La inclusión o integración requiere de un programa sinérgico que dote de infraestructura-formación-compromiso institucional-asociacional, por lo que centrar los esfuerzos en una mejora estética de la ciudad no terminará con el absentismo escolar, la formación de guetos o la exclusión social.

Ceuta, por otro lado, no tiene una presencia extranjera como Melilla: un 11,7 % en 2014. En lo que sí coinciden demográficamente y por la lógica del espacio geográfico que ocupan es en el número de marroquíes: el 82 %. El problema no es tanto el número de extranjeros como la escasa dispersión por la ciudad. De hecho, el engrosamiento poblacional se sitúa en los distritos 4 y 6, siendo este último el famoso barrio del Príncipe Alfonso, una de las zonas de mayor conflictividad de toda Europa, y suponiendo una concentración del 82 % de población extranjera. De este barrio cabe destacar que un 47 % está en riesgo de exclusión social y un 40,8 % en riesgo de pobreza. Esta concentración genera un inexcusable vuelco de los servicios sociales y la consecuente presión. Para ello se creó la Red de Inclusión Social, en la que entidades e instituciones, a distintos niveles y dentro del Programa Operativo de Fomento de la Inclusión Social (FSE), abordarían estas demandas.

La peculiaridad, como hemos dicho, de estas ciudades autónomas se debe a su posición geográfica y a las características políticas. La cercanía con ciudades del norte de Marruecos hace necesaria una coordinación efectiva entre ellas. Aunque correspondan a países distintos, las idiosincrasias económicas son comunes a distintos niveles. Las ciudades que colindan con estos territorios absorben las demandas de propios y ajenos, por lo que el desarrollo económico es relacional y dependiente el uno del otro. Exista una estrategia urbana o un programa operativo, la relación entre las ciudades deberá ser ponderada para evaluar su incidencia y la necesidad de planes comunes.

13. Esta es una de las líneas prioritarias de la Agenda 21.

■ *Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado: Las Palmas de Gran Canaria*

Las Palmas de Gran Canaria despierta un interés analítico y tiene cabida en el presente apartado por dos motivos que se disgregan en otros de ellos dependientes:

- ⊗ Situación geográfica. La peculiaridad del hecho insular, el enclave geoestratégico tanto militar como comercial que representa, la calificación como Región Ultraperiférica según la tipología establecida por la Unión Europea, son, entre otros, los factores geográficos que hacen necesario un stop en su Estrategia.
- ⊗ Tradición estratégica. Las potencialidades económicas que representa esta ciudad se traducen en todo un elenco de diagnósticos, planes y reflexiones estratégicas que se van sucediendo desde junio de 2008, en que se presentó la Primera Conferencia Estratégica, que dio como resultado el *Diagnóstico sobre la Ciudad que Tenemos*.

En el asunto que nos ocupa las distintas Administraciones han fijado su preocupación en la distancia social y económica entre la ciudad alta y la baja. Prueba de ello es el Diagnóstico Comunitario de la Vega de San José, en el que se identificaron varias variables determinantes de esa disparidad social y económica. La gran densidad poblacional, el poco arraigo vecinal, la heterogeneidad sociocultural, el escaso nivel de renta, el abandono de la escolaridad, constituyen los elementos que dirigen un desarrollo urbano desestructurado y desigual, fomentando un entorno de exclusión social, pobreza y conflictividad.

En contraposición, Las Palmas de Gran Canaria, como hemos esbozado, tiene gran interés económico. De hecho, esta ciudad genera el 26 % del PIB de Canarias y el 70 % de las exportaciones de las Islas hacia África, y tiene el 4.º puerto de España y el 18.º de Europa. Un aspecto interesante en términos económicos y comerciales es la estimación del efecto multiplicador de los proyectos desarrollados. Siguiendo la Estrategia, conforme a la estimación de Promoción Económica del Ayuntamiento, por cada euro invertido en el municipio se obtendrán 1,73 euros adicionales. Esto plantea, por un lado, una potencialidad más que latente, y por otro, los riesgos de un desarrollo urbano desestructurado y desigual.

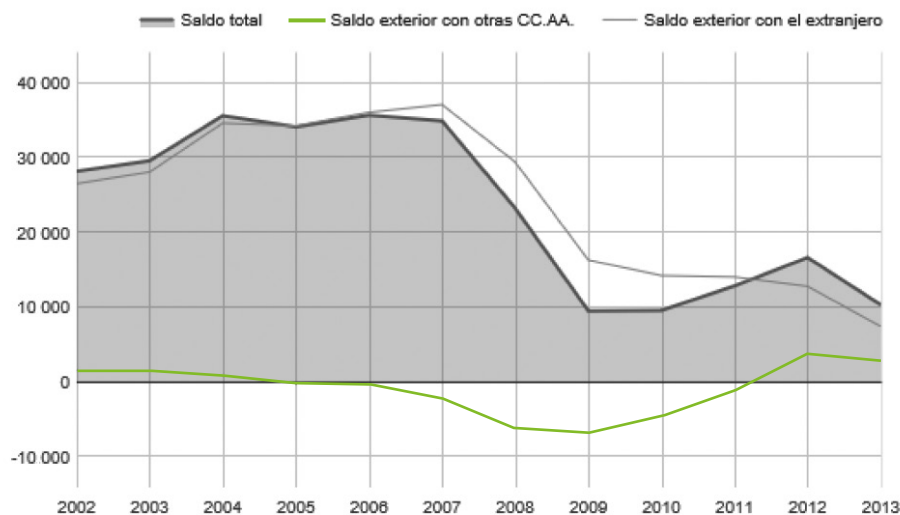
El primer reto urbano que presenta la Estrategia se enmarca dentro de la Cohesión Social y la Igualdad. Se entiende que el desarrollo económico, social y político experimentado lleva pareja la aparición de fenómenos como el migratorio, el envejecimiento de la población o el aumento de la esperanza de vida. Estos fenómenos han dado lugar a situaciones de pobreza y exclusión

que exigen una mejora de la situación de colectivos como los extranjeros o los jóvenes desempleados, y la lucha contra todo tipo de discriminación social o la existencia de colectivos excluidos.

En el año de la Estrategia, 2014, estaban registrados 45 296 extranjeros en el padrón municipal. Respecto al saldo migratorio, salidas y entradas, hacia o desde otros municipios o comunidades autónomas, era negativo, al haber una mayor salida de la población frente a las entradas. Por otro lado, y siguiendo con el análisis demográfico de la Estrategia, se recogió un saldo migratorio extranjero positivo, dada, eso sí, la particularidad de que no puede constatare a nivel municipal el número de personas nacidas en el extranjero que han desplazado su residencia fija a otros países (ver gráfico ofrecido por la Estrategia).

Saldos migratorios. Canarias. 2002-2013

Estadística de Variaciones Residenciales



Fuente: Instituto Canario de Estadística (ISTAC)

Gráfico obtenido de la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado 2014-2020 de las Palmas de Gran Canaria

En referencia al desarrollo urbano de la ciudad, la Estrategia hace mención del crecimiento experimentado en los años 60, fruto del desarrollo económico acelerado que sufrió la ciudad por aquel entonces. Así, la Administración se vio desbordada por un modelo de ciudad que no pudo asimilar tal fenómeno y dio lugar a la aparición de barrios periféricos, chabolistas todos ellos, con pocas infraestructuras y mal conectados.

El análisis social del municipio tiene un tratamiento volcado hacia la situación de pobreza y exclusión social, sin atender a posibles situaciones particulares y diferenciadas. La cercanía al continente africano, así como la diversidad cultural que presenta el municipio, requieren de la coordinación necesaria entre los centros de asistencia social y centros de integración, tanto formativos como lúdicos. Dentro de las estrategias de colaboración institucional cabría destacar la Casa África, referente en las relaciones diplomáticas, de la que las Palmas de Gran Canaria es firmante, entre la acción exterior del Estado español y el continente africano.

■ ***Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible Integrado La Línea: Una estrategia de cosido urbano para la transformación integrada de una ciudad fronteriza. Enero 2016***

La selección de este municipio gaditano obedece a un criterio de pertinencia. La Línea de la Concepción es un municipio situado en la bahía de Algeciras y perteneciente a la comarca del Campo de Gibraltar. Su situación geográfica estratégica y la proximidad espacial al norte de África la posicionan como un *punto caliente* en términos demográficos y migratorios. De hecho, la propia Estrategia estima que cada día pasan por sus aduanas unas 35 000 personas, 12 000 turistas, 4000 vehículos a dos ruedas y hasta 300 camiones. Al margen del impacto medioambiental de dicho tránsito, que no es cuestión menor, esto supone un vuelco de las actividades económicas a actividades relacionadas con dicho tránsito, así como demandas propias.

La Estrategia identifica como un problema de la ciudad las cuestiones sociales asociadas a la exclusión social, la infravivienda y la pobreza. El Junquillo-Bellavista o Sacra, el Junquillo-Poniente, La Línea-Centro Av. M.^a Guerrero y la Atunara son las zonas que, enmarcadas en la nomenclatura ZNTS (zonas con necesidades de transformación social), ofrecida por la Junta de Andalucía, sufren el declive económico y social más acentuado dentro de la ciudad. Siguiendo lo señalado por la Junta de Andalucía, asuntos como el absentismo escolar, el riesgo de pobreza extrema o la marginación social tienen relación con el deterioro físico de edificios e infraestructuras, la educación, el desempleo o la asistencia sanitaria. A fecha de 2016 La Línea sufre un problema acentuado de absentismo escolar, situándose la tasa de abandono en Primaria en un 16,4 %, frente al 12,98 % que representa Andalucía. Este problema tiene múltiples soluciones que se abordan desde una primera identificación de los perfiles de abandono, sin otros fines que averiguar las características socioculturales y económicas e identificar posibles soluciones de integración.

Esta Estrategia realiza un análisis competencial detallado sobre los servicios sociales. Como bien expresa, ya que La Línea de la Concepción tiene una población de más de 20 000 habitantes, serán competencias por delegación de la Junta de Andalucía: a) la gestión de los centros de servicios sociales comunitarios en los municipios de más de 20 000 habitantes; b) la gestión de los centros de servicios sociales especializados de ámbito local en los municipios de más de 20 000 habitantes; c) la ejecución y gestión de los programas de servicios sociales y prestaciones que pudiera encomendarles el Consejo de Gobierno¹⁴.

Así pues, La Línea de la Concepción, aunque debe desarrollarse en el marco del Plan Regional de Servicios Sociales, tiene potestad para ejercer las facultades de programación, planificación u ordenación de los servicios y actividades sociales. En este contexto competencial compartido el contenido del objetivo temático 9 se reparte siguiendo las prioridades de inversión en varias áreas.

La integración que aquí se propone discurre entre las áreas que propone la Estrategia, es decir, los flujos migratorios tiene efectos sobre la participación ciudadana tanto formal (voto) como informal a través del asociacionismo, sobre los servicios sociales, la igualdad, la cultura, la educación, la seguridad ciudadana, Hacienda... Con lo cual se puede plantear como un aditivo a cada una de las áreas o como constituyente de una nueva área con un matiz social más acentuado, y salvando las competencias de extranjería que corresponden al Estado.

Como tónica dominante en todas las estrategias está la especial consideración de la comunidad gitana como un sector de especial vulnerabilidad, y en consecuencia el desarrollo de planes integrales que contemplan en su mayoría servicios sociales. En La Línea, la comunidad gitana supone un 7 % de la población total, lo que no la sitúa en los márgenes poblacionales, sino que forma parte de la estructura social. Este “formar parte de” trata de conservar las raíces culturales y los rasgos que determinan la identidad de este colectivo étnico.

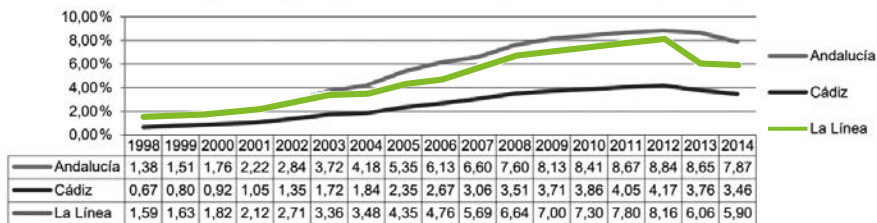
Este Plan Integral del que hacíamos mención se reduce a aspectos educativos como la escolarización obligatoria y la reducción del fracaso escolar. Además de identificar al colectivo de las mujeres gitanas como de especial vulnerabilidad, el Plan incluye la colaboración y coordinación entre los sectores de la comunidad escolar y el equipo de intervención social, la integración de las familias en la vida escolar y social o la creación de grupos de convivencia. Este Plan atestigua un análisis exclusivo relacional entre integración y escolarización, sin entender que las familias son los principales agentes de socialización, primaria en este

14. Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía. Artículo 19.

caso, y que la puesta a disposición de los medios no garantiza su utilización. Por tanto, la integralidad del Plan deja mucho que desear si sus líneas maestras no dirigen el foco a todos los agentes implicados, en vez de única y exclusivamente a los niños o adultos que quieran escolarizarse.

Respecto al análisis sobre la población extranjera, La Línea presenta una evolución creciente, poniéndose por encima de Cádiz.

Gráfico: Evolución del porcentaje de población extranjera en La Línea, Cádiz y Andalucía

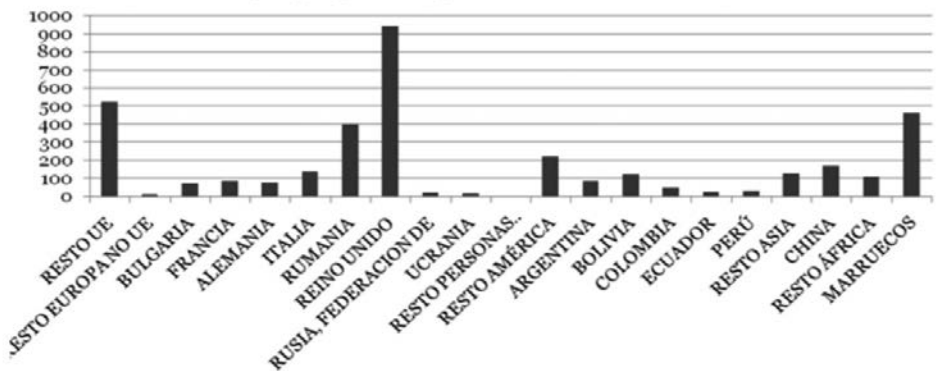


Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía

Gráfico extraído de la Estrategia

Dentro de este sector poblacional abunda la población extranjera británica, principalmente por su cercanía al Peñón de Gibraltar, y porque el coste de la vida y del acceso a la vivienda en el municipio gaditano es menor. En segundo orden, o primero si consideramos la pertenencia de Reino Unido y Rumanía a la Unión Europea, tenemos a Marruecos como la principal nacionalidad de los ciudadanos de origen extranjero.

Gráfico: Población extranjera por país de origen (2014)



Fuente: Elaboración propia con datos del Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía

Gráfico extraído de la Estrategia

En otro orden de cosas, aunque los resultados que ofrece la Estrategia sobre el estudio titulado *Análisis Urbanístico de Barrios Vulnerables* son clarificadores, tienen escasa vigencia, ya que es resuelto en los años 1991-2001. Sea como fuere, la condición de personas con vulnerabilidad se situaba en 1991 en un 75 %, y no olvidemos que hace 28 años del estudio, y que los flujos migratorios no son precisamente una variable estanca. Si algo sí se ha mantenido estanco ha sido precisamente el desarrollo de estas poblaciones marginales y vulnerables en espacios urbanos concretos de la ciudad: la Atunara, Junquillo, el Conchal... Frente a la alarma que puede representar este porcentaje tan elevado de vulnerabilidad social en la ciudad, en 2001 se disminuyó 15 puntos, pasando a un 60 %.

Por ello, la Estrategia aborda indicadores de vulnerabilidad en esos principales barrios: Conchal, Atunara y Junquillo. Estos indicadores son: índice de estudios en términos porcentuales de población analfabeta y sin estudios, tasa de paro, personas mayores de 65 años, hogares unipersonales de mayores de 65 años, e índice de extranjería respecto a la población total.

En lo que aquí nos compete debemos hacer mención del índice de extranjería, que, aunque no suponga un porcentaje elevado en la Atunara, sí lo es en el Conchal (5,43 %) y el Junquillo (6,8 %), ambos porcentajes sobre la población total. No olvidemos que en líneas anteriores la Estrategia planteaba un plan integral para la integración y escolarización de los miembros de la comunidad gitana, considerando que este colectivo, dada su presencia en la ciudad (7 %), formaba parte de la estructura social, como cualquier colectivo, sea minoritario o no. Los extranjeros forman parte de esta estructura siguiendo la lógica planteada por la Estrategia, por lo que el desarrollo de un plan integral en este sentido gozaría de toda pertinencia.

Como hemos venido dilucidando, las estrategias DUSI tienen una fuerte vocación de mejora de las ciudades desde un punto de vista infraestructural. Tanto es así que, con el objeto de reducir las dificultades de inserción y el número de personas en riesgo de exclusión, la rehabilitación integral del entorno físico mediante la creación de espacios supone los mimbres del establecimiento de lo que posteriormente será la rehabilitación económica y social. Estos espacios contribuyen a la puesta en común de problemáticas moderadas por los servicios sociales con un propósito claro de integración. Esta integración se contempla en objetivos tanto intermedios (impulso del desarrollo del bienestar social centrado en colectivos desfavorecidos) como principales (reducción de absentismo escolar a través de programas de innovación social). A tenor de lo expuesto, la Estrategia identifica una línea de actuación clara: la creación de una unidad llamada Equipo Municipal de Emergencias Sociales, y por otro lado la apuesta por un programa de reducción del absentismo. Respecto a la primera, decir que el Equipo del que hace mención proporciona un

matiz social a lo que ya ofrecen las líneas de urgencias tanto médicas como policiales o de protección civil. En este supuesto la coordinación y la información que presta son los tótems de su actuación.

Por otro lado, la escolarización y el absentismo escolar se sitúan como los males endémicos de la ciudad en términos sociales. El aumento paulatino de este fenómeno contribuye muy negativamente a la integración social y al desarrollo económico de la ciudad. Es por ello que la Estrategia centra sus esfuerzos en disminuir las tasas de abandono escolar y fomentar una integración efectiva, además de otros aspectos de urgencia y asistencia social crítica. Es evidente que el cruce de temáticas es inexcusable; el número de extranjeros en la zona, el impacto de la comunidad británica sobre el desarrollo económico y social de la ciudad, u otros aspectos encuadrables en los flujos migratorios, deben ser abordados con el rigor que merecen.

• **Conclusiones**

Si en algo destacan estas estrategias es, primero, en que no pueden obviar la importancia de los flujos migratorios, y aunque sea de forma escueta hacen mención de su posición. Este elemento discurre en todas las estrategias, teniendo incidencia en distintos espacios económicos y sociales, pero siendo observado desde las estrategias DAFO. Cuesta comprender a efectos metodológicos que no se haga una valoración y un análisis *in extenso* de un elemento que debilita la Estrategia, aun habiendo sido reconocido en su esquema estratégico. Aun así, las estrategias seleccionadas en espacios que podemos considerar de una alta incidencia migratoria se limitan a una mención cuantitativa, sin analizar que no valorar políticamente su impacto.

Frente a la creencia popular de que los flujos en este supuesto estables de la población migrante suceden en las ciudades consideradas puntos calientes como Melilla, Ceuta o Algeciras, la mayor presencia de inmigrantes en términos absolutos sucede en las localidades aquí mencionadas.

2.2

Análisis de los flujos migratorios. Marco conceptual II

2.2.1

Marco normativo

Evidentemente no se pretende aglutinar en un solo compartimento toda la producción jurídica al respecto. Su selección se encamina a la mención sucin-

ta de documentos que introducen categorías y sitúan en la palestra el estado de la cuestión. Con lo cual, no se puede esperar un análisis sobre las sanciones por incumplimientos en materia de extranjería o sobre disposiciones que estén encaminadas a la regulación específica, a no ser que introduzcan categorías. La inmigración se somete hoy en día a un intenso grado de intervencionismo público, de normas, de reglamentos que tratan de acotar el escenario tan cambiante y mutable que presentan los flujos migratorios. Es por ello que existe una realidad paralela, una discordancia entre la realidad y los problemas que plantean los flujos migratorios frente a la *inflación legislativa* que trata de abordarlo (BORRAJO INIESTA, 2003).

Como hemos venido argumentando a lo largo del trabajo, este cosmos que suponen los flujos migratorios tiene cabida en innumerables documentos, tanto de naturaleza jurídica como de los que se podrían incluir como apoyo o reflexión. En este apartado se realizará una revisión jurídica del fenómeno migratorio en nuestro país. Una revisión que abarcará tanto lo dispuesto en la Unión Europea como lo declarado en nuestra legislación. Su abordaje normativo no tiene otro sentido que identificar la posición jurídica de los migrantes en cualquiera de sus situaciones y características, para después tener clara su posición en el desarrollo sostenible y en las estrategias. Por tanto, su consideración debe estar supeditada a la vinculación jurídica de lo declarado, apartándonos de declaraciones, acuerdos o textos que no sean vinculantes o no generen efectos jurídicos reales.

• *Flujos y Unión Europea*

Uno de los objetivos que mayor importancia tienen para el desarrollo de la Unión Europea desde la firma del Tratado de la Unión Europea (TUE) es la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 3, apdo. 2). Esta *macroaspiración* se concreta en varios objetivos detallados en el artículo 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), manifestando así la necesidad de una política común de asilo, inmigración y control, dando respuesta a las cuestiones que plantean la inmigración legal y la ilegal. Este proyecto de consolidar una política de inmigración europea global se desarrolla en torno al principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros (art. 80 TFUE).

Es por ello que la facultad que tiene atribuida la Unión se centra en establecer las condiciones de entrada y residencia legal, sin poder fijar los volúmenes de admisión para los nacionales de terceros países que deseen buscar trabajo en los Estados miembros. Asimismo la Unión puede fomentar y apoyar políticas de integración para inmigrantes legales sin

que ello suponga la armonización de leyes o reglamentaciones nacionales, así como, por otro lado, luchar contra la inmigración irregular, incluidos la trata y el tráfico de personas, fomentando para ello una cooperación más estrecha con los países de origen. Si en algo destaca la Unión es en la identificación de la inmigración en sus dos vertientes más tradicionales, la legal y la ilegal.

La inmigración legal encuentra su configuración legal en normas sectoriales que identifican perfiles: Directiva 2009/50/CE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; Directiva 2011/98/UE relativa al permiso único que simplifica los procedimientos para acceder a un permiso de residencia y de trabajo; Directiva 2014/66/UE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros; Directiva (UE) 2016/801 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, prácticas, voluntariado, programas de intercambio; o Directiva 2003/109/CE que regula el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en la Unión. En este supuesto la inmigración tiene un notable matiz económico. Su consideración se encamina a una integración económica, a la captación de sectores migrantes cualificados o de características especiales, como los temporeros.

Sin embargo, tal y como ha entendido la Unión Europea, la efectividad de las políticas de inmigración no se reduce a la eliminación de barreras burocráticas o a las facilidades en la movilidad y el tránsito. Todo lo anterior necesita del soporte de la integración para su buen puerto, y es en este punto en el que mayor controversia existe. Las políticas de integración son un campo limitado a las iniciativas de la Unión, por lo que su producción jurídica se limita a la Directiva 2003/86/CE, que establece disposiciones relativas al derecho a la reagrupación familiar. Una directiva que, al margen de los problemas respecto a su aplicación, identifica como mayor agente de integración la agrupación familiar. En su propio considerando 4, señala: “La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social”.

La misma Directiva categoriza a través de las definiciones del artículo 2 varios fenómenos migratorios. Así, ofrece varios perfiles de interés:

1. Refugiado. Cualquier nacional de un tercer país o apátrida que goce de un estatuto de refugiados en los términos de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951, modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967.

2. Reagrupante. Persona nacional de un tercer país que, residiendo legalmente en un Estado miembro, solicita reagrupación familiar o los miembros de cuya familia la solicitan.
3. Menor no acompañado. Nacional de un tercer país o apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre.

Siguiendo con el carácter bidimensional del abordaje migratorio, la inmigración ilegal ha sido y es uno de los ámbitos más importantes en la producción legislativa. La lucha contra la inmigración irregular va desde la Directiva 2002/90/CE, que define el delito de ayuda a la entrada, circulación y estancia, hasta las directivas que abordan la trata de seres humanos: Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y Directiva 2004/81/CE sobre la expedición de un permiso de residencia a víctimas de trata o del tráfico ilícito de seres humanos que cooperen con las autoridades. El tratamiento es claramente diferenciado de inmigrantes ilegales a inmigrantes ilegales víctimas de la trata. Un tratamiento que pasa de ser considerado infractor o criminal a víctima. Esta delgada línea que los separa es de difícil encuadramiento y genera a todas luces una gran inseguridad jurídica. Tenemos, así, la Directiva del retorno 2008/115/CE, que contempla normas y procedimientos comunes de la Unión para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, o la Directiva 2009/52/CE, de las sanciones y medidas aplicables en los Estados miembros a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. Eso quiere decir que las consecuencias de una calificación, ser inmigrante víctima de trata o ser inmigrante ilegal, son totalmente distintas; de la protección a la sanción, de un permiso de residencia a la expulsión.

Todo lo visto hasta el momento surge como resultado de los debates que suceden en el seno de las instituciones europeas. Aunque, como es bien sabido, los textos legislativos son resultado del proceso de codecisión entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, existen documentos con cierto valor jurídico que se abordan desde un frente institucional. Un ejemplo de ello es la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de abril de 2016, sobre la situación en el mar Mediterráneo y necesidad de un enfoque integral de la Unión sobre la migración. En este documento, que surge a raíz de la emergencia de la crisis migratoria en el Mediterráneo, se apela a los acuerdos bilaterales y otros instrumentos jurídicos, como cláusulas relativas a migración en “acuerdos globales”, como herramientas para acabar o al menos regular la inmigración ilegal y la trata, y desarrollar un cauce legal adecuado

a la migración económica. Como bien se reconoce en el Considerando W, el enfoque de la Unión sobre la migración laboral es fragmentario, se centra en categorías específicas de trabajadores en determinadas circunstancias, dejando entrever la necesidad de una política común en la materia que se extienda a largo plazo.

La reconocida como *alma mater* de la Unión, la Comisión, tiene este cometido. Como impulsora de las políticas y las iniciativas que son debatidas en el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea, tiene como objetivo la elaboración de esta política común que mencionábamos, aunque sus propuestas se siguen encaminando a ámbitos específicos de actuación, como la propuesta de Reglamento relativo al código de visados de la Unión 2014/0094(COD), la propuesta de Reglamento por el que se establece un visado itinerante 2014/0095(COD), o la propuesta de Reglamento por el que se establece un modelo uniforme de visado: seguridad 2015/0134(COD). Esta política común se entiende ayudará a aumentar la movilidad transfronteriza, centrándose en brindar protección, acotar la migración irregular, salvar vidas en el mar, organizar mejor la migración legal y, en definitiva, ahondar en el binomio inmigración legal e ilegal.

• España y extranjería

Como ya hemos esbozado, la Unión comparte horizontalmente las competencias respecto a inmigración, dejando en última instancia a los Estados miembros los flujos migratorios, es decir, el número que se recepciona u otros aspectos como las políticas de retorno. En nuestro país la Constitución declara que la definición, la planificación y el desarrollo de la política de inmigración corresponden al Gobierno central, sin perjuicio de las competencias asumidas por comunidades autónomas y entidades locales (art. 149.1.2.^a CE). Esta competencia concurrente tiene íntima relación con la configuración de extranjería. Una configuración que deja menos margen a la capacidad de autogobierno de las comunidades autónomas. Es en el título primero del capítulo primero de la Constitución donde se regula esta posición y la configuración constitucional de los españoles y los extranjeros. Una configuración que sienta sus bases jurídicas y principalmente el acceso a la nacionalidad¹⁵.

Siguiendo esta secuencia en el ámbito nacional es en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –en adelante LEX– donde encontramos la más

15. Código Civil español, en su Libro I, “De las personas”, Título I, “De los españoles y extranjeros”.

extensa regulación al respecto. Aunque existen documentos normativos como la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, o el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. Documentos que regulan ámbitos específicos relacionados con el derecho de asilo o cuestiones de movilidad internacional, todas ellas encuadrables dentro de los flujos migratorios.

La LEX define al extranjero como aquel que carece de la nacionalidad española. El término extranjero es un término jurídico, mientras que inmigrante alude a un cambio demográfico, es un sujeto construido socialmente y fragmentado institucionalmente (RUIZ DE LOBERA PÉREZ-MÍNGUEZ, 2004). Es importante aclarar esto principalmente porque numerosas noticias periodísticas confunden el término, lo mezclan o, peor aún, utilizan datos que corresponden a otra categoría. Ambos términos son recopilados estadísticamente de forma distinta, siendo a través del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social o Ministerio del Interior la forma de recopilar datos acerca de extranjería, mientras que para la obtención de datos sobre migración hay que acudir a padrones o registros municipales. Puesto que aquí ampliamos el espectro, es decir, el ámbito subjetivo de la acción, flujos migratorios, los conceptos inmigrante y extranjero son incluibles e incluidos en el análisis. Siguiendo en el ámbito subjetivo de la LEX, declara la singularidad de los nacionales de Estados miembros de la Unión, quienes serán beneficiarios de cualquier aspecto favorable de la Ley.

Tanto la Ley como el resto de las políticas sobre inmigración deberán contemplar los siguientes principios aplicables: coordinación con políticas definidas por la UE, ordenación de flujos migratorios laborales de acuerdo a necesidades del mercado nacional, integración a través de políticas transversales, igualdad efectiva, efectividad en el principio de no discriminación, garantía de derechos, lucha contra la inmigración irregular y la persecución del tráfico ilícito de personas, persecución de trata, igualdad de trato en condiciones laborales y Seguridad Social, promoción de diálogo y colaboración con los países de origen y tránsito, así como coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y codesarrollo. Dentro de todos ellos la integración es el valor superior que atraviesa todas las políticas y servicios. Este carácter transversal de la integración se operativiza mediante la participación efectiva en los ámbitos económico, social, cultural y político. Tanto es el compromiso con este principio que el Gobierno deberá promover planes estratégicos plurianuales y bienales para reforzar la integración de los inmigrantes. La integración se constituye como un objetivo manifiesto, un destino al que todas las políticas migratorias fijan su horizonte.

Respecto a categorías, cabría destacar las reagrupaciones familiares. La Ley prevé los supuestos en los que se produce esta situación, a saber: cónyuge del residente; hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre menores de 18 años o que sean incapaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud; o ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge mayores de 65 años cuando existan determinadas razones. Como ya adelantamos, la reagrupación familiar, y en definitiva las familias, son consideradas los mayores agentes de integración (FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, 2001)¹⁶. Mientras, la separación prolongada y el aislamiento producen dificultades y situaciones de tensión, impidiendo al inmigrante llevar una vida normal (LÁZARO GONZÁLEZ, 2002).

En otro orden, los visados son también un buen instrumento para categorizar flujos migratorios; entre ellos se encuentran: visado de tránsito, que permite atravesar el territorio español; visado de estancia ininterrumpida por un periodo que no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada; visado de residencia sin ejercer actividad laboral o profesional; visado de residencia y trabajo; visado de residencia y trabajo de temporada; visado de estudios, y, por último, visado de investigación (art. 25 bis LEX).

La Ley hace una mención especial a los menores extranjeros no acompañados¹⁷; además de su inclusión específica en los planes estratégicos plurianuales (art. 2 ter.3 LEX), el artículo 35 prevé el establecimiento de acuerdos de colaboración entre el Gobierno y los países de origen para el retorno. Este retorno o repatriación solo se producirá tras un informe del servicio de protección de menores y del Ministerio Fiscal. Siguiendo el principio superior del interés del menor, la repatriación se producirá mediante reagrupación familiar o la puesta a disposición de protección de menores. Sin duda, los menores extranjeros no acompañados –MENA– han pasado de ser un fenómeno puntual a convertirse en un colectivo prioritario de intervención dentro del sistema de protección de menores (FUENTES SÁNCHEZ, 2014)¹⁸.

16. Véase la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM(1999) 638 final – 1999/0258(CNS), presentada por la Comisión el 11 de enero de 2000, cuando declara que la presencia de los familiares contribuye a una mayor estabilidad y a una mejor inserción de estas personas, al permitirles llevar una vida familiar normal.

17. Para una mayor aproximación al concepto, véase el Informe: UNICEF y CGAE, “Ni ilegales ni invisibles. Realidad jurídica y social de los Menores Extranjeros en España”, Madrid, 2009.

18. Según el “Estudio sobre el régimen de los menores extranjeros no acompañados tras la determinación de su estatus. España 2017”, elaborado por el Punto de Contacto Nacional de la Red Europea de Migración en España, de acuerdo con los últimos datos extraídos de la Memoria del Fiscal General del Estado de 2017, en España hay un total de 3997 menores extranjeros no acompañados (MENAS) en situación de tutela o acogimiento por los servicios

• Otros documentos

Los convenios se erigen como los principales documentos normativos por los que, en este caso, España y otros Estados acuerdan una serie de derechos y obligaciones vinculantes a ambas partes. España suscribe así convenios con algunos países que por sus circunstancias requieren de un abordaje común del asunto migratorio. En el ámbito laboral, mencionar el Acuerdo 12/05/2009 por el que se regulan y ordenan los flujos migratorios entre Ucrania y España, el Acuerdo 25/07/2007 entre Reino de España y Reino de Mauritania, o el firmado con Marruecos el 25/08/2001. Estos convenios tienen un contenido más económico, encaminado a la explotación de mano de obra, tanto cualificada como temporera; sea como fuere, su incidencia en los tejidos productivos locales es más que notoria. Este asunto se tratará en apartados posteriores. En otro sentido, España suscribe acuerdos para la movilidad de jóvenes estudiantes, para la readmisión de personas en situación irregular, de doble nacionalidad, o en el marco de cooperación en materia de inmigración.

Como fuentes subsidiarias, las sentencias del Tribunal Constitucional contribuyen a la producción jurisprudencial, en este caso reforzando la esfera de derechos de los ciudadanos migrantes; véanse sentencias como la 17/2013, de 31 de enero, dictada en virtud del recurso de inconstitucionalidad núm. 1024-2004 contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, o la STC 259/2007, de 19 de diciembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por el letrado de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Por otro lado, el Tribunal Supremo ofrece también jurisprudencialmente todo un elenco de sentencias, como la STS de 18 de julio de 2017, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sobre la aplicación del artículo 7 del Real Decreto 240/2007 a los familiares extranjeros de españoles residentes en España, o la STS de 18 de octubre de 2012, de la Sala de lo Social, sobre protección del desempleo.

de protección de menores. La mayor parte de ellos se encuentran entre los 16 y los 17 años, y son varones (3470) y procedentes de Marruecos (2620). La presencia de MENAS en nuestro país es un fenómeno creciente; en 2016 fueron localizados 588 MENAS, un 42 % más que en 2015 y un 163 % más que en 2014. Los venidos en 2016 son, mayoritariamente, varones (95,01 %), provenientes de Argelia (37 %), Marruecos (31,29 %), Costa de Marfil (10,54 %) y Guinea (5,44 %).

2.2.2

Marco operativo

La correcta definición y comprensión de los flujos migratorios es una parte fundamental para poder integrarlos en las agendas de las instituciones responsables del diseño y de la ejecución de las políticas públicas. Existe abundante documentación sobre esta temática, además de importantes fuentes de datos estadísticos oficiales, por lo que esta caracterización hará especial énfasis en aquellos elementos de utilidad para nuestro estudio, procurando salvar los muchos prejuicios sociales y académicos existentes. Estos elementos son, principalmente, las múltiples tipologías de personas migrantes, las problemáticas experimentadas en relación con el fenómeno y las respuestas que se hayan ofrecido a las mismas. Queremos, ante todo, construir una idea lo más objetiva posible del fenómeno de la migración en España.

En primer lugar, es importante identificar la evolución reciente de los flujos migratorios en España a nivel general mediante datos diacrónicos; aunque ya hemos identificado algunos datos en referencia a los estudios de caso, es pertinente una profundización. La población de nacionalidad extranjera ha experimentado una fuerte crecida según las series históricas de población del INE en el periodo 2002-2018, pasando de una cifra inferior a los dos millones de personas a superar los cinco millones en 2009. Si bien el crecimiento de esta cifra fue imparable hasta ese año, la crisis económica hizo retroceder esta cifra en el periodo 2009-2015, con un mínimo histórico en 2016. Desde entonces se ha revertido la tendencia: según las estadísticas de migraciones del INE, entraron en España 532 000 personas en 2017, un 30 % más que en 2016. Las salidas también se han visto incrementadas desde 2015, pero el saldo migratorio ha alcanzado niveles previos a la crisis, superando el 50 %. Estos datos, si bien resultan clarificadores, pertenecen a la Estadística de Variaciones Residenciales que es realizada empleando el Padrón Continuo; es decir, para que las variaciones residenciales formen parte del flujo migratorio se requiere una permanencia en el nuevo lugar de residencia de al menos un año (Informe sobre la inmigración en España, CES, 2019). Las personas cuya permanencia es inferior al año, particularmente aquellas que se desplazan para empleos de temporada, vienen reflejadas en estadísticas de tipo laboral, principalmente la encuesta de población activa (EPA). Aunque los resultados basados en la variación residencial y en el ámbito laboral presentan una evolución simétrica en el periodo 2002-2018, es importante tener en cuenta esta diferencia en función de la tipología de persona migrante identificada en cada caso concreto.

Debido a la abundante presencia mediática de los flujos migratorios relacionados con la protección internacional, es importante realizar

un comentario al respecto. Si bien se ha dado esta presencia mediática acompañada de un debate público y político, ya en claro retroceso, la importancia estadística está lejos de guardar relación directa con la exposición en medios: en 2017 se alcanzó el máximo histórico de entradas en España por solicitud de protección internacional, 36 605, y solo supuso un 4,4 % del total del flujo migratorio de entrada en el país. Además, esta vía se ha revelado como ineficaz en la actualidad: de las antes mencionadas 36 605 solicitudes en 2017, tan solo se tomaron 620 resoluciones finales (Eurostat. European Asylum Support Office).

En segundo lugar, estableceremos los lugares de origen de las personas migrantes en España. En este sentido se pueden extraer dos resultados diferenciados, ambos relevantes: las nacionalidades de origen de las llegadas recientes y del total de los extranjeros residentes en España.

Las llegadas recientes, en el bienio 2015-2017, están copadas por nacionalidades americanas (datos procedentes de la estadística de migraciones del INE): Venezuela (en cabeza de la lista, 100 244), Colombia (73 941), Honduras (37 137), Brasil (34 848), Argentina (34 836) y Ecuador (33 489). El total de entradas procedentes de América es de casi 250 000 personas en 2017, frente a las 100 000 de 2014. El resto de nacionalidades presenta un crecimiento estable, pero claramente inferior: los inmigrantes europeos son los segundos en la lista, impulsados principalmente por los ciudadanos de origen rumano (84 476), británico (53 456) e italiano (48 283). Los de origen africano les siguen de lejos, siendo la nacionalidad más común la marroquí (94 779, segunda en el listado total). Algo por detrás están las entradas desde el continente asiático, principalmente de China (este flujo se ha mantenido constante incluso durante la crisis económica).

La población residente varía sustancialmente (datos de población residente del INE 2018), siendo predominante la procedente de Rumanía (671 229) y Marruecos (692 379), con amplia diferencia respecto a la tercera nacionalidad, de origen Reino Unido (280 669). Si bien se aprecia un cambio en la dinámica, aparentemente caracterizada por un potencial aumento de la población de origen americano frente a los residentes procedentes de países comunitarios y Marruecos, hay que tener en cuenta la influencia de las nacionalizaciones en las estadísticas de países latinoamericanos.

De estos datos podemos extraer algunas conclusiones relevantes a la hora de orientar la acción pública. En primer lugar, es importante encontrar el equilibrio entre población extranjera residente y nuevas llegadas, no priorizando ninguna de ellas y teniendo en cuenta las diferentes necesidades y potenciales dificultades que afronta cada tipología de persona migrante. Esto es debido a la elevadísima volatilidad de estadísticas, influenciadas

por dinámicas económicas globales, desastres naturales, conflictos bélicos, etcétera. Es importante fortalecer las herramientas de gobernanza e incluir a las personas extranjeras y de origen extranjero en las dinámicas de participación social y política. También podemos concluir que, si bien es necesario atender a las demandas originadas por la actualidad mediática, como el caso de la crisis de los refugiados, no hay que desatender para ello otras problemáticas que, por comunes, nos puedan parecer menos urgentes: ya hemos visto que el porcentaje de personas solicitantes de asilo y refugio es ínfimo respecto al total de los flujos migratorios en España.

Otros datos generales que nos permiten extraer conclusiones para establecer tendencias son los referidos al género de las personas migrantes (datos procedentes del Informe sobre la inmigración en España 2019 – CES). En los últimos años se ha apreciado una “feminización” de la población extranjera en España (51 % de mujeres en 2018 frente al 47 % en 2009). No obstante, es complicado extraer conclusiones de este dato aislado, pues varía en función de la nacionalidad de origen: los países de origen con mayor porcentaje de mujeres son Bolivia (57 %), Ucrania (57 %) y Colombia (55 %), mientras que el menor porcentaje corresponde a Marruecos (43 %) y Ecuador (46 %). También hay que tener en cuenta que, durante la crisis, el empleo doméstico, fuertemente feminizado, se ha mantenido estable frente a otros sectores productivos.

Como último elemento caracterizador, muy relevante a la hora de articular demandas y diagnosticar al colectivo migrante, cabe reseñar la diferencia entre empadronados extranjeros de países extracomunitarios (2750911) frente a los permisos de residencia en el Régimen General (2113120): una diferencia de 637 791 (23 %), en la que se advierte una importante comunidad de migrantes en situación irregular. Sin embargo, precisamente por su situación legal, es difícil acceder a este colectivo desde las instituciones para conocer su situación real y atender sus necesidades. Este colectivo debe afrontar, además de su invisibilización legal, un fuerte estigma social.

En conclusión, podemos establecer las características principales en torno a las cuales organizar los colectivos migrantes según su *procedencia*, *género* y *situación legal*.

La procedencia está dividida en dos categorías principales: migrantes en busca de una mejor situación sociolaboral, y migrantes procedentes de países pudientes. Respecto a su procedencia geográfica, se puede descomponer en países latinoamericanos, Magreb, África subsahariana, países europeos y Asia, atendiendo a las nacionalidades prevalentes referidas en el estudio anterior. En la actualidad, el *stock* principal de residentes en España es el nacional de Rumanía y Marruecos, y se prevé un importante ascenso de entradas desde

el continente americano. Los segundos, principalmente procedentes de Reino Unido e Italia, presentan retos diferentes, de más baja conflictividad social y amparados por la legislación a nivel europeo a la espera de acontecimientos geopolíticos que puedan incidir en esta situación, principalmente la salida del Reino Unido de la Unión Europea o la inclusión de nuevos Estados miembros.

En lo referente al género, tiende a crecer el femenino frente al tradicionalmente dominante masculino, más si cabe teniendo en cuenta que las entradas desde Latinoamérica crecerán. Este elemento es de especial importancia de cara al diagnóstico por parte de las instituciones, puesto que la perspectiva de género deberá sumarse con mayor fuerza al resto de elementos a valorar. La diferencia cultural en este aspecto puede resultar conflictiva de cara a la integración de mujeres y unidades familiares procedentes de otros contextos.

Como tercer elemento principal, la situación legal es, probablemente, el más evidente condicionamiento de una persona residente en un país diferente al de su origen. No hay que olvidar que las personas residentes legalmente en España afrontan numerosos retos en lo referente a integración e igualdad, incluso aquellas con la nacionalidad española. Este último punto es de especial relevancia, puesto que con frecuencia se tiende a pensar que, al lograr la nacionalidad, se logra una igualdad de oportunidades, que raramente resulta efectiva. Igualmente requiere especial precaución el colectivo procedente de países de la Unión Europea, puesto que la libre circulación de personas y la supuesta igualdad normativa que rige a nivel europeo están lejos de garantizar estos principios en la práctica. Por último, el colectivo más vulnerable y ajeno a la intervención institucional es el de personas en situación irregular, estimado en una cifra en torno al 20-25 % de la población migrante. Los procesos de participación del tejido asociativo que les asiste tienen especial peso en estos casos, al no ser alcanzables desde medios institucionales.

Llegados a este punto es necesario introducir una serie de definiciones a modo de glosario, como ya hiciera el manual de buenas prácticas: *Manual contra el Inmigracionalismo*, elaborado por la Red Acoge. Así pues, siguiendo las definiciones aportadas por dicho Manual:

Apátrida. Según la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de las Naciones Unidas, es la persona que carece de nacionalidad al no ser considerada perteneciente a ningún Estado. Esta situación puede darse cuando la persona nunca ha tenido nacionalidad (no se le atribuyó al nacer) o porque ha perdido su nacionalidad sin adquirir otra. Aunque algunos apátridas también son refugiados –teniendo por ello derecho a la protección internacional– la mayoría no lo son; y es en estos casos en

que la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, firmada en 1954, es la vía para garantizar sus derechos humanos.

(...)

Desplazada/o. *Persona que por diversos motivos ha tenido que abandonar su lugar de residencia para instalarse en otra parte de su país de origen.*

Emigrante. *Persona que sale de un territorio para asentarse en otro.*

(...)

Expatriada/o. *Persona que se encuentra viviendo en un país diferente al suyo de origen de manera temporal o definitiva por causas diversas especialmente vinculadas al trabajo.*

(...)

Inmigrante. *Persona no nacional que ingresa a un país del que no es originario con el fin de establecerse en él.*

(...)

MENAS. *Acrónimo de Menores extranjeros no acompañados. Se utiliza para referirse a las niñas y niños extranjeros que no vienen en compañía de ningún familiar adulto en sus procesos migratorios.*

Migrante. *Término para definir a toda persona que “migra”; es decir, aquel que emigra (sale de su país, ciudad o pueblo para establecerse en otro) o que inmigra (llega a un país extranjero para establecerse en él).*

Quizás este último concepto sea el que mayor amplitud tiene y por tanto mayor indefinición. Esta indefinición no sucede por ausencia, sino por exceso. Si algo tienen en común todas las definiciones es el desplazamiento de personas por un período de tiempo, suponiendo un cambio significativo respecto al entorno tanto físico como social. Igualmente, el migrante forma parte de un proceso que da lugar a su contraposición, la inmigración. Así pues, el proceso migratorio debe entenderse como una sucesión de etapas que implican una gran complejidad y tienen como resultado previsible el retorno. Siguiendo en la clasificación se puede agrupar la migración en función del tiempo: diaria, estacional y definitiva; en función del lugar al que se dirige: interna, externa o internacional; por las causas que la producen: libre, espontánea o forzada.

Siguiendo con las definiciones del Manual:

Refugiada/o. *Personas que están fuera de su país de origen debido a un temor justificado de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad o pertenencia a un grupo social u opiniones políticas, y que no puede o, debido a este temor, no quiere reclamar la protección de su país.*

(...)

Solicitante de asilo/protección internacional. *Según señala la Agencia de la ONU para los Refugiados, es aquella persona que habiendo*

formalizado una solicitud de protección internacional (también llamada solicitud de asilo) no ha recibido una respuesta definitiva (resolución) sobre su caso por parte de las autoridades españolas.

Hasta que haya una decisión definitiva, cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante quedará en suspenso.

Es lo que se conoce como principio de no devolución (“non – refoulement” en francés) e implica el derecho a no ser devuelto a un lugar donde la vida o integridad física del solicitante de asilo corra peligro.

Por último, es necesario reseñar que las particularidades son la nota dominante en la categorización. Existen tantos perfiles como personas, tantas motivaciones como momentos en los que se adoptan una u otra. Esto quiere decir que un inmigrante ilegal MENA que emigra por motivos políticos puede dejar de serlo en un solo día, en el momento de su 18 cumpleaños, adquiriendo la nacionalidad y pasando a formar parte de la sociedad española con plenos derechos, siendo español de origen extranjero. Pese a ello no hay que desalentarse en la categorización de perfiles, porque esto no cuestiona su existencia, sino tan solo su maleabilidad. Por tanto, podemos establecer una categorización adjetiva relativa y adicional a las anteriores.

- ⊗ *Económico.* Este suele ser el motivo de mayor calado; las perspectivas de mejora económica van aparejadas al desarrollo personal, familiar y, en definitiva, de mejora de calidad de vida. Los migrantes que aducen este motivo son los que poseen mayores índices de transitoriedad en las ciudades.
- ⊗ *Motivado particular.* Son personas que por su formación o por aspiraciones personales emigran a países más prósperos o que se adecuan a sus necesidades profesionales.
- ⊗ *Motivado familiar.* Son personas que movidas por la influencia o recomendación de sus familiares emigran a un país con perspectivas de mejora. La intención es la mejora tanto del que emigra como de la familia que se queda en el país de origen, generando una situación de dependencia.
- ⊗ *Político.* La persecución política por ideologías contrarias al régimen o país de procedencia, la situación política del país, las políticas sociales, en definitiva, cualquier motivo aparejado a la actuación del Gobierno o del Estado que ponga en juego sus derechos políticos.
- ⊗ *Personal.* La orientación sexual, la situación familiar, cuestiones de índole cultural...

- ⊗ *Forzoso*. Situación en el país de procedencia que desemboca en una migración repentina, un golpe de estado, estado de sitio o de excepción, catástrofes naturales...
- ⊗ *Agrupación Familiar*. Es en el país de destino en el que se encuentra el núcleo familiar o donde se pretende su unión.
- ⊗ *Formativo-profesional*. Por ser un país referente en tecnología o en el desarrollo profesional de algún sector, por desarrollar actividades de alto valor añadido o que requieran cualificación para el desarrollo académico.
- ⊗ *Especulativo*. Para la inversión urbanística, bursátil, financiera o de capital.
- ⊗ *Negocios*. Para la sede empresarial, celebrar contratos con el país de destino, extensión de un producto o servicio, *benchmarking*.

La situación administrativa en el país de destino es uno de los factores determinantes para el desarrollo personal y profesional de los perfiles descritos con anterioridad. Aunque ser un inmigrante ilegal puede parecer una situación transitoria, el incumplimiento de los requisitos legales mayoritariamente burocráticos puede aletargarse y crear una espiral de infracciones administrativas. Esta situación genera a todas luces un entorno de exclusión social y reduce la integración “integral” de los migrantes.

2.3

Marco conceptual integrado: cruce de temáticas

Este es sin duda el apartado que mayor aportación contempla, primero porque ofrece un análisis de conjunto sobre el estado actual de los flujos migratorios, en su influencia hacia los planes integrados de las estrategias de desarrollo urbano sostenible, y segundo porque ofrece de forma prospectiva una *open window* o ventana de oportunidad a la experiencia del fenómeno migratorio. Hasta el momento hemos tratado de analizar los efectos de este fenómeno de forma pormenorizada, atendiendo a las características propias de su adopción, como en los supuestos seleccionados en apartados anteriores. Pues bien, en este primer propósito se pueden observar varias posturas o acontecimientos comunes o extraíbles:

- Los flujos migratorios tienen cabida en las estrategias. Son muy comunes tanto su adopción de forma particular, en políticas concretas introducidas dentro del OT 9, como su identificación como debilidades o amenazas dentro del análisis DAFO.
- Mayor consideración de flujos inmigrantes en riesgo de exclusión o en situación de pobreza. Sea por su impacto real o por su notoriedad

mediática, la inmigración constituye en muchas estrategias un apartado de desarrollo que destaca por un tratamiento cuantitativo.

- Tratamiento poco exhaustivo. Siguiendo lo anterior, los flujos migratorios se reducen a los perfiles descritos, sin tener en consideración otros de gran importancia, como podría ser la presencia de inmigrantes rusos de gran capacidad adquisitiva en la Costa del Sol. Un error frecuente en este grupo metodológico es la concepción de minorías étnicas como grupos homogéneos y estáticos, con el uso de categorías culturales excesivamente amplias, con la atribución de diferencias observadas a la pertenencia a grupos culturales diferentes y con las dificultades de operacionalización (LLOPIS GOIG, 2007).
- Los flujos migratorios se adoptan de forma programática y específica. Contrariamente a lo que aquí proponemos, los flujos migratorios no se erigen como un cosmos propio a tomar en consideración. Su adopción *parsimoniosa* introduce actuaciones específicas como, por ejemplo, el desarrollo de TIC para jóvenes inmigrantes en riesgo de exclusión.

Esto nos ofrece una conclusión bastante lógica: los flujos migratorios se reducen a inmigración en riesgo de exclusión, ya que su tratamiento se encuadra dentro del OT 9. Al no considerar los flujos en términos macroeconómicos, no se infiltra en los distintos factores sociales, económicos o políticos existentes, lo que reduce su eficacia. Esto conlleva, aunque su ponderación podría ser objeto de otro estudio, una reducción de su eficacia medible con sistemas como el *Lean Six Sigma*, utilizado por el Ayuntamiento de Madrid para medir la implementación de políticas encaminadas a la simplificación administrativa. Utilizar estos sistemas contribuye a la mejora de los procesos de toma de decisión, y sin duda mejoraría la eficacia de estas estrategias de desarrollo, ya no solo introduciendo los flujos migratorios, sino otros factores propios del entorno de las áreas urbanas.

Si observamos una conexión entre los flujos y las estrategias, obtenemos una barrera *de iure*. Como hemos visto en anteriores apartados, los flujos migratorios traducidos en políticas de extranjería no tienen cabida en el desarrollo reglamentario y derivado de la Unión Europea. Por una cuestión competencial, los Estados miembros deciden sus propias políticas de inmigración, respetando, eso sí, el acervo comunitario respecto a derechos humanos y fronteras. Esto supone que la ampliación metodológica que aquí proponemos tiene un frente claramente definido: por un lado, la voluntad política del Estado de conjugar la inmigración en su agenda y, por tanto, en los esquemas integrados, y, por otro lado, el grado de tratamiento. Respecto al grado de tratamiento, aquí nos referimos a su intensidad, su veracidad o incluso su posible tratamiento ideológico. Es evidente el fuerte sesgo político

que ocupa el tratamiento de los flujos migratorios, por lo que la relación con las estrategias es inexcusable, aunque se aborde desde distintas perspectivas o se obvie, no categorizando a los sectores inmigrantes, es decir, maquillándolo con categorías como lenguaje, religión, estatus o incluso integración. Sea como fuere, su presencia es real, y discurre por todas las estrategias de modo más o menos claro.

Sin duda, la excesiva concreción obvia una realidad mucho más amplia que condiciona el desarrollo, sobre todo a largo plazo, de las ciudades en un entorno sostenible e integrador. La adopción de programas concretos supone salvar el escollo de un problema aislado y determinado. Si consideramos que esta es la intención de las estrategias, no existiría discusión al respecto. Sin embargo, las estrategias se construyen, como hemos visto, a medio plazo. Esto hace que elementos que transcurren a través del tiempo, como el medio ambiente, las grandes infraestructuras o el desarrollo social de las zonas marginadas, tengan un papel determinante. Es por ello que los flujos tienen una inexcusable cabida en las estrategias. Claro está que estos flujos los consideramos en este cosmos propio y formado por unidades menores.

En un segundo momento los flujos migratorios abren una ventana de oportunidad, ya no solo a una mejora metodológica y a su ampliación a otros elementos. Su inclusión supone una mejora en la adopción de políticas de integración, de desarrollo económico, de reducción de la pobreza tanto relativa como absoluta. Cuando nos referimos a unidades menores nos referimos precisamente a esto. Los flujos migratorios tienen, se integren o no, un impacto real sobre las economías, sociedades, culturas e incluso éticas y moral a través de la religión. Precisamente por ello es difícil ponderar su influencia de forma generalizada, por lo que las estrategias suponen un escenario perfecto para su consideración y desarrollo. Aquí reside la oportunidad que representa su toma en consideración de forma macroeconómica, que contribuirá a la eficacia de las estrategias y conseguirá más que presumiblemente mejores resultados.

Por otra parte, existe una deficiencia clara cuando hablamos de personas migrantes y gobernanza, quedando en muchas ocasiones relegadas a un papel muy secundario o inexistente en los procesos de participación formal e informal de las políticas y de la política. Esta deficiencia, en último extremo, contribuye decisivamente a tergiversar la planificación de políticas públicas, creando y ocultando objetivos y áreas de incidencia, y derivando en planes ineficaces. Los modelos de desarrollo integrado tienen, por definición, especial cuidado para involucrar a todos los actores implicados en el proceso de decisión política, por lo que pueden suponer un cambio de paradigma para colectivos con dificultades en el acceso a la esfera de participación social. Estas vías de participación pueden resultar muy útiles, tanto para el propio

desarrollo de las estrategias como para otras intervenciones que requieran de una participación articulada, y pueden acabar cristalizando en procedimientos institucionalizados que enriquezcan la acción política.

Para concluir, es conveniente hacer mención del ámbito prospectivo, es decir, de la potencialidad de los flujos migratorios y las EDUSI en conjunto de cara a futuras intervenciones, políticas y planes públicos.

Como hemos comprobado, los flujos migratorios han variado ampliamente a lo largo de las últimas décadas y se han convertido en un evento social y político muy importante en España y en otros países de la Unión Europea. Las tendencias complejizan un suceso que, si bien requiere de un análisis diagnóstico actualizado en cada momento, presenta algunas características, problemáticas y oportunidades constantes. Estas tendencias construyen un relato en el que, previsiblemente, los flujos migratorios permanezcan en la primera línea de interés político, siendo probable que la gestión de los mismos escale en las agendas públicas debido a su creciente volumen. La intervención sobre este suceso público no podrá acometerse de forma satisfactoria como viene haciéndose hasta ahora, de forma puntual, policial o asistencial. Las EDUSI, por su parte, presentan un futuro asegurado dentro del plan Europa 2030, en el que se continúa con el espíritu que hasta este momento ha adoptado la UE en lo referente a la inversión de fondos y al diseño de políticas públicas. En definitiva, y como ya hemos visto en sus respectivos apartados, las EDUSI como herramienta de gestión de flujos migratorios, así como los propios flujos como parte fundamental de los diagnósticos de las EDUSI, continuarán de plena vigencia para el diseñador y para el implementador de políticas públicas.

3

Buenas prácticas

Podemos definir las buenas prácticas como “aquellas experiencias, procesos y actividades que resultan aconsejables en un determinado ámbito porque han arrojado resultados positivos y han demostrado su éxito y utilidad en un contexto concreto” (AUSÍN, 2018). Las buenas prácticas resultan de gran interés como punto de encuentro entre el trabajo teórico y la puesta en valor de los resultados en la búsqueda de soluciones a problemas concretos.

Partimos del trabajo teórico de conceptualización y relación de los flujos migratorios y las estrategias de desarrollo urbano y sostenible integradas para realizar una propuesta metodológica destinada a orientar, de la forma más práctica posible, a diseñadores e implementadores de estas estrategias. La intención no es dar un listado de buenas prácticas a imitar, sino ofrecer herra-

mientas para su localización y principios básicos sobre los cuales seleccionarlas. También aportaremos algunas prácticas específicas a modo de ejemplo.

También queremos sugerir ideas especialmente a implementadores para que de su labor surjan nuevas buenas prácticas identificables por la propia entidad, de manera que la propia acción pública se enriquezca de cara al futuro.

3.1

Criterios básicos

En primer lugar, vamos a establecer unos criterios básicos que orienten la búsqueda de buenas prácticas y nos sirvan de inspiración general para el diseño de las estrategias. Estos criterios consisten esencialmente en la síntesis de las potencialidades y carencias de los ámbitos analizados, así como algunos principios elementales de las buenas prácticas en sí, y dibujan un marco orientativo muy útil en todas las fases de diseño e implementación de cualquier política pública. No obstante, en la fase de diseño y, en particular, en la de elección de objetivos, resulta de especial interés. Estos criterios básicos permiten alejar la reflexión de la mera observación empírica y establecer una perspectiva ética (o política) orientadora.

3.1.1

Criterios oficiales de selección

Aunque pueda parecer evidente, es importante valorar las buenas prácticas en función de los criterios de selección y priorización establecidos por las entidades, así como los principios horizontales y transversales propios de la Unión Europea.

3.1.2

Orientación hacia la gobernanza

Uno de los grandes retos y, hasta el momento, deficiencias en cualquier política referente a la gestión de flujos migratorios es la integración de las personas migrantes en los procesos de participación social y política, impidiendo así un correcto diagnóstico y posterior desarrollo de dichas políticas. Debido a la naturaleza integrada de las estrategias DUSI es necesario que se establezcan vías participativas o, al menos, consultivas efectivas.

3.1.3

Visión macroeconómica

Como hemos venido diciendo, los flujos migratorios están compuestos por unidades inferiores que los conforman, unidades de diversa naturaleza: económica, política, social, cultural e incluso religiosa. Todas estas variables componen un cosmos que funciona como una entidad propia, aunque existan barreras o límites legales a su desarrollo; la migración y el tránsito de personas se desenvuelve con autonomía en un abanico de intensidades, grados y características propias. Las migraciones suponen para la sociología un desafío tanto epistemológico como metodológico. Un desafío que rompe con los contornos que estableciese el nacionalismo metodológico de la primera modernidad¹⁹.

En España, como bien desarrolló LLOPIS GOIG, los estudios sociológicos sobre los flujos migratorios se agrupan en tres escenarios. Primero, los registros estadísticos, destinados a identificar mediciones y *stock* de población inmigrante. Segundo, investigaciones sobre procesos de integración de sociedades receptoras o de acogida. Tercero, investigaciones dirigidas a actitudes y opiniones de población autóctona sobre estos flujos. Nuestro estudio comprende en menor o mayor intensidad la necesidad de abordar los tres escenarios, siendo de mayor importancia los dos primeros. Siguiendo el estudio de LLOPIS GOIG, los estudios de esta naturaleza se encuentran con dificultades técnicas derivadas de la diversidad cultural, las condiciones de movilidad, la marginación y el fenómeno del *inmigracionalismo*, visto en líneas anteriores.

Estas dificultades metodológicas que comprende atestiguan un objeto de estudio multiverso que comprende en sí mismo multitud de variables que no son resultado puntual o fenomenológico. Por ende, es necesario un estudio global, integrado, que permita comprender la evolución de los agregados.

3.1.4

“Integración integral”

Más allá del juego de palabras, es fundamental atender a la gestión de flujos migratorios como un todo en lugar de como una sucesión de etapas y elementos

¹⁹. LLOPIS GOIG, Ramón, “El ‘nacionalismo metodológico’ como obstáculo en la investigación sociológica sobre migraciones internacionales”, *EMPIRIA. Revista Metodológica de Ciencias Sociales*, 13, 2007, pp. 101-117.

estancos. Si bien esta perspectiva puede resultar de utilidad en ciertos momentos del diseño, no debe perderse de vista la interrelación de problemáticas, procesos y soluciones. La integración debe comprenderse como una gestión multinivel: estructural, cultural, social e identitaria (HECKMANN y SCHNAPPER, 2016). La perspectiva institucionalista en la cual se contemplan los resultados única y exclusivamente como la solución de problemáticas para la población de recepción debe ser superada, tanto por motivos éticos como por la demostrada ineficacia de la misma.

3.1.5 Coherencia

Las buenas prácticas deben guardar una lógica con el resto de planteamientos de la Estrategia. Una vez más hacemos referencia a la integralidad, pero en este caso de la Estrategia respecto a sí misma. Cuando hablamos de integralidad estamos queriendo adoptar una postura global frente a un amplio espectro de cuestiones a gestionar. No resulta útil una intervención independiente o que directamente contradiga otras de la misma Estrategia. Si hablamos de flujos migratorios es de vital importancia integrarlos en la reflexión de diseño general, de manera que unas intervenciones no perjudiquen sus objetivos particulares. Por ejemplo, si planteamos una intervención de renovación urbana atrayendo jóvenes profesionales a un barrio de mayoría migrante en situación de precariedad, es posible que logremos mejorar la situación del barrio, pero empujaremos a la población originaria a una situación de incertidumbre que generará nuevos retos.

3.1.6 Visión prospectiva

Es uno de los grandes retos de la política: intentar establecer tendencias que permitan anticipar sucesos futuros. Por un lado, es muy importante establecer patrones en el comportamiento de los flujos migratorios para cada unidad territorial concreta, de manera que las intervenciones tengan efectos durables y no resulten contraproducentes a largo plazo. Por el otro, si planteamos intervenciones que requieran de continuidad, debemos contemplar las posibilidades de seguir contando con las mismas fuentes de financiación o estudiar soluciones alternativas.

3.1.7 Eficacia

Cuando hablamos de eficacia lo hacemos de los resultados medibles mediante indicadores cualitativos y cuantitativos derivados de la evaluación continua y final, tanto de la entidad implementadora como de todos los agentes implicados en el proceso. En definitiva, se trata de la adecuación de los indicadores de resultado respecto a los objetivos planteados previamente.

3.1.8 Replicabilidad

Una buena práctica puede cumplir con todo lo anterior y, a efectos prácticos, no resultar útil, al responder a problemáticas que no se presentan en otros contextos. Para que una intervención pueda ser considerada buena práctica debe poder exportarse a otros contextos, y si queremos adoptarla como inspiración para nuestro propio contexto, debemos comprobar que realmente es compatible. Por ejemplo, es difícilmente aplicable una intervención destinada a potenciar la participación de refugiados venezolanos en Barcelona y en Algeciras. Este ejemplo también nos revela algo fundamental: debemos ceñirnos con fidelidad a las problemáticas tal y como son, y no adecuar las posibilidades *ad hoc*. En nuestro ejemplo, no podemos considerar que la población migrante de Algeciras sea susceptible de los mismos mecanismos de integración institucional que la población refugiada hispanohablante de una gran ciudad.

En razón de lo recogido hasta este momento podemos elaborar una serie de directrices o instrucciones que sirven como buenas prácticas. Estas buenas prácticas surgen a raíz de las experiencias obtenidas de las estrategias, de la inclusión en sus mismos DAFO y de su puesta en común. Esto quiere decir que se proponen buenas prácticas en un espacio más extenso de aplicación, siendo susceptibles de introducirse en las estrategias que se elaboren en el futuro, y no solo referidas a una política concreta de un barrio concreto (práctica que se viene sucediendo).

En un primer momento, y a consecuencia de nuestro subconsciente burocrático, nos surge la necesidad de dotar de una estructura a este proceso de integración. Sin embargo, las experiencias y nuestra tradición de la nueva gestión pública desestiman totalmente la creación de nuevos organismos o unidades instrumentales. Igualmente, la externalización de esta integración por medio de contrato debe ser abordada con cautela, por lo que tendrá su desarrollo en próximos apartados.

Sea como fuere, la gestión directa es asumible por comisiones de trabajo en el seno de la Federación Española de Municipios y Provincias, siendo la coordinación con el personal técnico encargado de las EDUSI su brazo ejecutor. Ya que estamos hablando de una serie de buenas prácticas que gozan de cierta homogeneidad, su adopción debe ser también consensuada y extendida a todos los municipios españoles, y qué mejor que una institución como la Federación para su implementación, si bien es cierto que se plantean otras alternativas como la Red de Iniciativas Urbanas, lo que de hecho constituye también un nodo interesante en el que ahondar. Quizás por su peso institucional la que posee una mayor notoriedad sea la Federación frente a la pertinencia respecto a la competencia y naturaleza misma que supone la RIU. Además, las declaraciones que realiza la RIU respecto a la aplicación del principio de parsimonia inducen a pensar su reticencia a la introducción de un elemento tan amplio como pueden ser los flujos migratorios. De hecho, como hemos recalado a lo largo del trabajo, la introducción de los flujos no supone una buena práctica concreta encaminada a la resolución de un conflicto en el que exista implicación de inmigrantes, sino un elemento de sustantividad propia. Dicha sustantividad es percibida en este apartado desde dos perspectivas: la introducción del flujo en los estudios integrados como una buena práctica en sí misma, y por otro lado buenas prácticas en pos de su integración. Es en esta segunda perspectiva en la que ahondaremos específicamente, ya que la constatación de la primera ha quedado suficientemente contrastada en todo el trabajo.

❖ **Mediación para el acceso a la vivienda de personas migrantes.**

Programa de mediación para personas migrantes en proceso de integración en el contexto social urbano. Consiste esencialmente en establecer una oficina de mediación entre el arrendatario y el arrendador, de manera que se elimine el factor de inseguridad generado por el prejuicio a la persona migrante. Podría estudiarse, además, la asunción por parte de la oficina de los gastos de entrada al piso (mes corriente, fianza, aval, etc.). Esta medida corresponde a una fase prácticamente final del proceso de inserción, y puede ser asumida por cualquier oficina de arrendamientos urbanos o de los mismos técnicos que ofrecen, resuelven, convocan los alquileres sociales.

❖ **Programa de cursos de español.**

Establecimiento de cursos gratuitos de español en diferentes niveles para personas migrantes. Tanto para personas recién llegadas sin conocimientos de castellano como para niveles avanzados que busquen mejorar su nivel de

integración. Estos cursos pueden utilizarse también para acercar la cultura cotidiana local a las personas migrantes, para que puedan adaptarse a ella. Es importante establecer suficientes niveles y grupos según lengua de origen, aunque, por lo general, estos cursos son muy efectivos en niveles básicos, aun siendo el grupo muy heterogéneo.

❖ **Formación para el empleo: itinerarios grupales integrados.**

El acceso al empleo es, posiblemente, el principal factor de medida del éxito o fracaso de un itinerario de inserción para una persona migrante. Es un problema de muchas aristas y de gran profundidad, por lo que se plantea lo siguiente: establecer grupos más o menos homogéneos en función de criterios clave para la inserción, pero no determinados por su origen, y trabajar con ellos a lo largo del itinerario completo. Esto se traduce en agrupar a las personas migrantes no por su idioma o su país de origen, sino por sus intereses o nivel de estudios. Esta medida se realiza a modo de sustitución de los itinerarios individuales, para maximizar la inversión.

❖ **Programa de integración y educación sociosanitaria.**

Este programa tendría dos vertientes. Por un lado, establecer cursos o charlas de formación para personas migrantes para que conozcan los servicios sanitarios y aprendan a utilizarlos correctamente, subsanando así las barreras por motivo cultural o de irregularidad, así como informar sobre el cuidado propio mediante la educación para la salud. Este último punto haría especial hincapié en las enfermedades estigmatizadas prevalentes en determinados colectivos de personas migrantes (por ejemplo, el VIH). Por otro lado, un servicio de gestión directa del acceso a la sanidad pública integral, no solo al servicio de Urgencias.

❖ **Creación de oficinas para la persona migrante.**

Creación de uno o varios puntos físicos de atención integral directa a la persona migrante. Estos puntos funcionarán como servicio de atención inmediata para aquellas personas que lo necesiten, así como unidad de derivación a otros servicios públicos o asociaciones en función de la necesidad. El esfuerzo clave para el correcto funcionamiento de esta política es el establecimiento de una red verdaderamente efectiva en la que participen las instituciones locales y las asociaciones, de manera que pueda darse un servicio integral sin duplicidades ni trabas. La población migrante, debido a las barreras culturales

e idiomáticas, es especialmente vulnerable a este tipo de problemática burocrática.

❖ **Consulta migrante.**

Esta medida fue aplicada en la comuna de Quilicura, Chile. Consiste en establecer un perfil de la población migrante basado en la evidencia empírica, en lugar de en registros policiales y en estimaciones oficiales o de asociaciones. Esta consulta puede facilitar numerosos datos de gran utilidad para orientar las políticas públicas en el ámbito de los flujos migratorios, además de constituir, por sí misma, un acercamiento real a la inclusión de las personas migrantes en los procesos participativos. Es importante realizarla como un todo, diseñado y gestionado por una autoridad local, para que no existan diferencias en las metodologías y los objetivos, pero puede resultar de gran utilidad que la implementación directa sea llevada a cabo por las asociaciones de personas migrantes, para evitar una impresión “policial”.

❖ **Integración inversa: la ciudad también es “ellos”.**

La idea de esta política consiste en invertir la idea de integración, es decir, no pensar en los colectivos migrantes como agentes externos (“ellos”) que tienen que adaptarse a los estándares de los agentes internos (“nosotros”). Esta perspectiva puede aplicarse al diseño y desarrollo urbano, mediante la invitación de arquitectos y urbanistas residentes en países de origen de personas migrantes para que acometan proyectos en la ciudad, preferiblemente de intervención sobre espacios ya establecidos, para evitar un efecto gueto en un nuevo desarrollo.

❖ **Formación al personal encargado de tratar con personas migrantes.**

Una formación continua y específica que preste atención al lenguaje hablado y gestual que deban mantener en sus relaciones con las personas inmigrantes. El funcionariado encargado de tratar con las personas migrantes actúa en nombre del Estado miembro; por ello es indispensable que utilice con observancia y corrección un lenguaje adecuado y proactivo.

❖ **Unidad especializada en migraciones.**

Unidad con presencia territorial en aquellos puntos más sensibles en cuestión de inmigración. Su función sería la de coordinar las diferentes organizaciones (bajo unos requisitos) con experiencia en trabajar con personas migrantes, con el objetivo de recabar datos de interés para la aplicación posterior de

políticas públicas específicas. Esta unidad es fácilmente externalizable en entidades sin ánimo de lucro, como fundaciones o asociaciones.

De estas buenas prácticas podemos extraer varios principios generales a tener en cuenta en el proceso de integración:

Riesgo de gradualismo. El saber popular y las percepciones que se tienen sobre determinadas nacionalidades son una amenaza clara a la elaboración de estrategias o de políticas encaminadas a la integración. Para evitar su impacto se debe adoptar una posición prudente respecto al papel que desarrollan determinados colectivos, es decir, debe evitarse caer en tópicos contradictorios. En muchas ocasiones existe una inconsciente necesidad de ampliar los conceptos para acomodarlos a nuestras experiencias, y la inmigración sufre en innumerables ocasiones estos tópicos; el marroquí pobre o el alemán adinerado no son más que perfiles determinados que deben ser cuidadosamente estudiados y detallados.

Ponderación. Tanto las minorías como las mayorías en cualquiera de sus estados deben ser abordadas, y se deben utilizar con más intensidad en según qué escenarios. Sin embargo, no es el número lo que nos debe interesar, sino su nivel de impacto sobre la economía, política, sociedad... Para ello hay que ponderar el impacto de su integración en las estrategias, y qué sucedería si no se observara.

Continuidad. Aunque las estrategias tienen una visión a medio plazo, la inclusión de los flujos debe ser extensiva, ya que los flujos son una constante que se desarrolla con mayor o menor intensidad.

Adaptación. Debido a su naturaleza existirán momentos de expansión o contracción, tanto a nivel general como de comunidades específicas. Estos “momentos” se pueden referir a variables de diversa índole, que pueden guardar o no relación con la nacionalidad. Su observancia debe ser evolutiva; todo proceso tiene cambios, y el contexto internacional es determinante para su desarrollo.

Tratamiento diferenciado. La personalización respecto al tratamiento es clave; aunque se proceda a la ponderación y a la elaboración de perfiles, hay que atender a aspectos psicológicos y sociales propios de los individuos. Aunque esto pueda parecer una tarea ardua y compleja, basta con atender a cada caso de manera concreta para después agruparse por categorías, tipologías, espacios propios, con el fin de brindar una integración completa. El esfuerzo a este respecto debe ser comedido y preciso.

No hemos querido sacar a relucir los principios transversales, por su obviedad en su inclusión. Principios como la igualdad, no discriminación, transparencia, publicidad o perspectivas de género son principios latentes en toda esta producción, y su desarrollo haría innecesariamente extenso este apartado.

4

Manual

4.1

Actores implicados

Hasta el momento solo hemos definido el objeto de estudio, sin entrar a valorar qué actores influyen en su desarrollo. La noción de actor debe adoptarse desde una perspectiva plural, contemplando tanto individuos alcalde, técnico de EDUSI, como colectividades encarnadas mayoritariamente en asociaciones, fundaciones, pleno municipal u otras agrupaciones. Unos actores que tendrán un distinto peso en el acceso a la decisión.

Pese a que en un primer momento se recurre a los organigramas competenciales más formales, es decir, a las autoridades tanto administrativas como políticas del municipio, el acceso a la decisión es mucho más amplio. Tanto es así que un gran número de actores y agentes están implicados en el proceso de producción de la acción pública, sea en un momento determinado o durante todo el desarrollo de la política pública o, en este caso, de la EDUSI (ROBERTS & KING, 1991).

Dicho lo anterior, en el presente estudio tenemos dos perspectivas: la primera es quiénes son los que afectan o influyen en la introducción de los flujos migratorios en las estrategias, y la segunda, en el mismo sentido, quiénes afectan o influyen en esta consideración una vez introducidos. Es evidente que aquí no se plantea un brindis al sol, sino que su introducción viene motivada por una aplicación práctica. Por ello es necesaria esta división, ya que obtenemos dos momentos necesarios para su consecución.

La primera pregunta tiene una explicación más elitista y formal si entendemos que, en última instancia, serán tanto los técnicos como las autoridades municipales quienes decidan la introducción de los flujos migratorios en sus estrategias, a no ser que esta propuesta fuera adoptada imperativamente por una autoridad superior. Puesto que lo que aquí proponemos es una mejora metodológica, los que elaboren y redacten la Estrategia serán, en un último momento, los responsables de su introducción. Ahondando en este elitismo, es cierto que, siguiendo a MICHELS²⁰, la distribución asimétrica de los recursos genera inexcusablemente una asimetría política, por lo que no podemos, ni debemos, atribuir exclusivamente la toma de decisión a estas autoridades públicas. Empresarios, fundaciones u otras entidades de carácter benéfico-social, dada la naturaleza de la variable a introducir, tienen mucho que decir, que influir y que aportar en todo el proceso de asimilación de

20. MICHELS, Robert, *Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie*, Klinkhardt, Leipzig, 1911.

esta variable en la agenda política. Esta diversidad en cuanto a las influencias en la toma de decisión nos lleva a poliarquía, defendida por Robert DAHL en 1961²¹. Una diversidad que muestra la asimetría y la basculación respecto a los centros de poder y de influencia. Los flujos migratorios son, sin duda, una fuente de diversidad, no solo por su consideración como variable, sino también por su composición, tratándose, como no debemos olvidar, de personas.

En un segundo supuesto, el nivel de *institucionalización*²² es determinante. La cohesión social determinará la identificación de una *open window* en los flujos migratorios. Esto quiere decir que una sociedad o comunidad poco cohesionada o que se encuentre abordada por graves conflictos sociales y de convivencia reaccionará negativamente a este fenómeno y a su introducción, por lo que podemos encontrar actores que entorpezcan su desarrollo. El capital social desarrollado por PUTNAM (2000) juega un papel determinante. El nivel de institucionalización, claridad, transparencia e integración de las entidades y los organismos partícipes del sector genera confianza y trabajo mutuos desde dos perspectivas que pueden surgir conjuntamente. Tendiendo puentes hacia fuera estos organismos integrarán a colectivos minoritarios que aparecen mal representados y cuya incidencia es notoria en el modelo, independientemente del grado. Por otro lado, tender vínculos hacia dentro se orienta hacia los propios miembros de la asociación, creando lazos más consistentes. Estos comportamientos que podríamos definir como externos a la Administración pública pueden ser incentivados mediante bonificaciones, apoyos económicos directos u otros mecanismos (HARGUINDÉGUY, 2013).

4.2

Tipos de informe

Los informes anexos son el documento definitivo de la incorporación de lo aquí planteado. Es un documento complementario que surge como resultado de la elaboración de perfiles, su incidencia sobre la economía local o el área urbana, los principales sectores de actividad, las idiosincrasias propias de los colectivos, como la religión o la cultura, la incidencia sobre las estrategias de desarrollo, la implicación en algún programa o buena práctica, entre otros. Como veremos en las líneas que siguen, los informes tienen distintos niveles,

21. DAHL, Robert A., *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, Yale University Press, Yale, 1961.

22. Ver el capítulo en torno al concepto de institución en HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste, *Análisis de Políticas Públicas*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 127-136.

y en cualquier caso será necesaria la realización del primero (*sondeo*) con el objeto de verificar la pertinencia de su selección.

4.2.1 Sondeo

Es el primer documento y el que recomendamos se realice en cada área urbana y estrategia de desarrollo urbano tanto por su coste como por su naturaleza. El sondeo es sin duda un documento indicativo, una primera aproximación al fenómeno y a la incidencia que tiene sobre las estrategias.

Este documento requiere de colaboración y cooperación: una mesa redonda con las asociaciones/entidades que tengan reconocida una mayor implicación en el asunto, donde expliquen sus apreciaciones y saquen a relucir algunas carencias que pueden haber identificado en las estrategias. Una vez establecida esta primera toma de contacto, se recurrirá a bases de datos ya elaboradas que tengan vigencia, o se elaborará una mediante la colaboración con estas entidades. El resultado será un sondeo sobre el que se ahondará dependiendo de los indicadores estadísticos que indiquen variaciones y/o correlaciones que podrían determinarse como espurias. Unas tasas elevadas de cualquier flujo o elementos que arrojen sospecha sobre la influencia en algún punto de la Estrategia deberán ser tomados con cautela. Una cautela que consistirá primero en ver si su abordaje puede suceder sin cambios sustanciales, es decir, sobre los márgenes de la Estrategia.

El sondeo que aquí planteamos no se refiere a un cuestionario, ya que, a partir de los elementos estadísticos de los que ya se dispone, se trata de incluir el análisis que trate de integrar lo planteado en las buenas prácticas. Tanto principios como prácticas específicas deben ser aplicados sobre los márgenes de la Estrategia, es decir, sin afectar de forma sustantiva al desarrollo de la misma, a no ser que sea estrictamente necesario. Por ello habría que recurrir al siguiente informe.

4.2.2 Intermedio

El anterior documento tiene un alto valor descriptivo y escaso valor analítico porque se presume es una aproximación que, aunque sea rigurosa, no entrará a analizar el cruce de variables. En este documento es donde se equilibra el análisis, y es por ello que tiene una mayor complejidad.

Por un lado, tendremos una variable dependiente que será el impacto de los flujos migratorios, y por otro, varias variables independientes de esta que ponderarán e influirán sobre el grado. Entre ellas podemos encontrar factores económicos tales como el paro, actividades económicas principales, conflictos sociales como la criminalidad de la zona, la tipología criminal, y características políticas como el voto, la abstención, o sociales como el grado de asociacionismo, entre otras. Una vez observadas estas variables con el “ojo migratorio”, es decir, poniendo el énfasis en los perfiles descritos con anterioridad, se establecerá un grado de importancia.

Esta “importancia” es el momento crítico de la decisión, principalmente por su discrecionalidad. La discrecionalidad dependerá de la voluntad política y del momento en el que se decida su abordaje. Para evitar un sesgo ideológico acentuado deberán organizarse unas jornadas con los actores implicados para elaborar una valoración común respecto a su importancia, tomando para ello otros datos a nivel general del área urbana o municipio. Un ejemplo de ello serían las diferencias respecto a los embarazos en adolescentes, entre una zona con altas tasas de inmigración ilegal por motivos económicos y la ciudad en general. Para definir si el porcentaje resultante es alto o “importante” sería conveniente la puesta del asunto a debate entre los colectivos implicados. No tendría sentido deducir que un 56 % –pudiendo poner cualquier otro porcentaje– es un porcentaje elevado, que, por tanto, es importante, e identificar una buena práctica como la disposición de un centro de educación sexual o un taller con acciones formativas dirigidas a menores que correspondan al colectivo, si este colectivo no lo identifica como importante o si es un rasgo característico de la etnia o la cultura (véanse los matrimonios de etnia gitana).

Una vez valorada su importancia se procederá a identificar líneas de actuación, programas o buenas prácticas en esa área determinada, siguiendo los criterios aquí desarrollados.

4.2.3 Exhaustivo

En este supuesto se trata de realizar una foto fija que contemple de forma exhaustiva –de ahí su carácter– los detalles de la migración en el área urbana; para ello deberá recurrirse a fuentes históricas, con el fin de identificar tendencias, ciclos y otros fenómenos que tengan incidencia y repercusión a largo plazo, hasta, claro está, el momento actual.

De forma general, se procederá a la observación de aspectos más “macro”, como factores productivos, por ejemplo: ¿existe algún sector de actividad económica ocupado por inmigrantes o extranjeros que exista de forma estacional?; ¿es un sector nuevo? Fenómenos que guardan una relación extensiva en el tiempo poseen una mayor complejidad, pero también una mayor explicación y previsibilidad de los fenómenos que de ellos se deriven. En el primer caso podemos tener como ejemplo Almería o Huelva en las temporadas de recogida de la fresa. Las necesidades que se crean año tras año son variables, ya no solo en función del número de inmigrantes que viajan desde sus países para trabajar en la temporada, sino también por sus características propias y el impacto económico que tienen en la zona. Esta variabilidad es altamente volátil, esta como otras muchas, con lo cual el abordaje debe ser más exhaustivo. Su análisis, por tanto, debe transcurrir de forma diacrónica hasta el momento en que se decide la implementación de los flujos en las estrategias.

Este análisis contemplará tanto las necesidades como las soluciones adoptadas y su confluencia con las tomadas en las estrategias, con el fin de adoptar de nuevo una decisión integral que se prevea perdure a largo plazo o al menos hasta que se concluyan los objetivos de desarrollo.

4.2.4

Exhaustivo *in itinere*

La diferencia sustantiva respecto del anterior tipo de informe deriva de la necesidad de un seguimiento y una puesta en común de las decisiones con los agentes implicados, no solo en el primer y segundo momento, sino en todo el transcurso de la implementación y del desarrollo. Poner a disposición de los colectivos un canal directo de comunicación ayudará a identificar posibles déficits de implementación, o factores exógenos que puedan crear resultados no deseados.

La monitorización del proceso en este supuesto no es una dirección por objetivos, en términos de Peter F. DRUCKER (1954). De forma sucinta cabe decir que la dirección por objetivos presenta una dirección estratégica asentada sobre el que acumula la máxima responsabilidad. Por otro lado, la ejecución de los objetivos es libre y será ejercida por los actores burocráticos que estén implicados. La característica más destacable de esta “dirección” es precisamente que la ejecución queda entregada a la libertad de los actores involucrados, siempre que consigan el objetivo.

En este supuesto se trata de la integración de los colectivos implicados en el proceso de forma *bottom up*, siendo los protagonistas de las

políticas los encargados de determinar la agenda, los perfiles y, en definitiva, la integración efectiva. Si en algo coincide la dirección o gestión por objetivos con el presente informe es en la reducción de los mandos intermedios, sujetos críticos en la cadena de mando. La identificación de estos mandos puede resultar algo compleja, principalmente porque habrá momentos en los que una fundación o asociación de ayuda al inmigrante sea un intermediario o, por contraposición, el sujeto principal de la acción. Sea como fuere, objeto o herramienta, es imprescindible fijar indicadores de desempeño²³. Estos indicadores son los objetivos resultado de todo el proceso de decisión común entre autoridades implicadas y agentes implicados, por lo que la determinación de dichos indicadores, en este caso de integración (escolarización, alfabetización...), es indispensable para el monitoreo *in itinere*.

En otro orden de cosas, de forma aislada los procesos de integración de la variable propuesta tienen un déficit que puede hacer disminuir la calidad del análisis *in itinere*. Toda evaluación recurre o trae a la mente el famoso *benchmarking* introducido por Xerox en 1982 y teorizado por Robert CAMP en 1989. La comparativa respecto a la adopción de buenas prácticas es una técnica necesaria, pero, al estar hablando de una mejora metodológica novedosa, hasta las primeras experiencias no se podrán adoptar medidas aprehendidas. En este caso, una vez identificadas las entidades que hayan destacado por la integración de lo aquí propuesto, el *benchmarking* funcional sea quizás el que mayor acogida tenga. Principalmente porque permite comparar buenas prácticas en departamentos o unidades similares, perteneciendo a organismos u organizaciones distintos.

Los indicadores a los que hacíamos referencia y que serán objeto de esta comparativa deben cumplir los cinco preceptos SMART (*specific, measurable, achievable, relevant y time*). A través de ellos se establece que hay que especificar cuantificando un elemento a la vez, sin divagar, seleccionando criterios medibles susceptibles de mejoras, utilizando indicadores de calidad, alcanzables y relevantes, todo ello en un momento determinado.

23. La cuantificación de la efectividad en la implementación, por un lado, y de la integración efectiva de los flujos, por otro, es una tarea ardua. A pesar de ello, la integración es medible mediante los niveles de escolarización, disminución de los factores de riesgo de exclusión, disminución de la pobreza absoluta y relativa, disminución de delitos relacionados con inmigración irregular, entre otros. Por otro lado, la implementación es medible si se resuelven con una mayor eficiencia económica, comprendiendo tiempo y recursos, o eficacia, en la realización efectiva de los objetivos marcados.

4.3

¿Qué coste tendrá la introducción?

Todo dependerá de si la introducción es complementaria a una estrategia DUSI ya planteada o por el contrario se produce conjuntamente con la elaboración de una nueva. Evidentemente los costes de numerosos aspectos como estudios previos, sean propios o externos, harán variar el precio final de su incorporación. Prever, por tanto, su coste cuantitativo dependerá en todo caso del punto en el que se encuentren, tanto si es complementario como si es producido conjuntamente.

Los tejidos asociativos y las redes que se formen en el área urbana pueden contribuir a un abaratamiento del coste, siempre y cuando se produzca una correcta coordinación y colaboración entre Administración y entidad. Evitar las duplicidades, las hipótesis contradictorias, la recopilación de datos caducos y otros fallos metodológicos, bastante habituales, como el perro-gato de SARTORI (1991) o el *gradualismo*, producirá no solo un abaratamiento, sino además una mejor introducción.

La amplitud del área urbana también es una variable a introducir en la determinación del precio; es evidente que áreas más pequeñas significarán un menor universo estadístico y, en consecuencia, una menor muestra. El trabajo estadístico, de elaboración de perfiles que están pendientes de concreción, como son inmigrantes ilegales u otros colectivos que no aparecen de forma fiable en otras bases de datos, exige un trabajo de campo totalmente colaborativo con entidades que desarrollen actividades con estos colectivos. Pero ¿qué sucede si no existen estas entidades? Aunque no podemos prever todos los escenarios en cada consistorio, sí decir que el resultado debe ser una base de datos que contemple estos perfiles migratorios. Todos o casi todos los municipios cuentan con servicios sociales propios, concejalías de bienestar social u otras que se encargan de ayudar a los colectivos más desfavorecidos o en riesgo de exclusión, por lo que deberán contar con bases de datos que recojan al menos parte de los colectivos de interés para el presente estudio. Es por ello que determinar a ciencia cierta el precio dependerá de una puesta en común previa de los elementos de los que se dispone, del compromiso de los agentes implicados y del alcance o grado de implicación que tiene la migración en el área seleccionada de la EDUSI.

Como vimos con anterioridad, los sondeos no son solo el grado menor, sino que constituyen un paso necesario para la valoración de impacto de los flujos. Es evidente que el coste que tendrá un informe exhaustivo *in itinere* dista mucho de la aproximación del sondeo.

Cuando hablamos del coste no solo hablamos del precio cuantitativo, sino además del coste cualitativo, como el coste político, asunto que podría ser tratado en otro documento.

4.4 Implementación

El análisis sobre la implementación es uno de los elementos más recientes en la academia sobre análisis y evaluación de políticas públicas. Pese a su juventud, los déficits en la implementación condicionan más que notoriamente el desenvolvimiento de las políticas públicas, y concretamente sobre nuestra propuesta. Pese a que los objetivos del presente son claros (introducción de flujos migratorios en las EDUSI), una mala implementación puede distorsionar totalmente el resultado, suponer un coste innecesario o simplemente resultar inútil. La coordinación entre las autoridades debe ser total, tanto es así que un fallo en la transmisión de autoridades puede provocar que el informe acabe en un cajón, no se aplique... La voluntad, por tanto, debe ser bidireccional: por un lado la autoridad gubernativa debe tener capacidad para enfrentarse al entramado institucional que representa la Administración, mientras que por otro la Administración debe trabajar por recobrar la importancia del trabajo técnico y la exhaustividad del documento resultante (HJERN y PORTER, 1981).

Sin embargo, el mayor reto al que se enfrenta la implementación referida se debe a la extensa cadena de mando. Como hemos visto, existe una multitud de agentes implicados, que no quiere decir comprometidos. Esto vaticina una advertencia: debe limitarse el número de decisiones técnicas y más aún críticas que supongan un movimiento estratégico sustantivo. Es decir, si se prevé que el impacto hará tambalear la estrategia, deberán reformularse con posterioridad para generar un menor trastorno sobre los programas que, aunque no hayan funcionado a máxima eficiencia, estén generando resultados positivos, sean esperados o no.

Aunque, como hemos podido ver, el centro de poder de las decisiones es polifacético, la decisión debe estar centralizada. El núcleo duro de participantes debe limitarse a los efectivamente comprometidos, no involucrando a actores periféricos que tengan poco interés.

Puesto que hablamos de una estrategia que metodológicamente se define como integrada, los cambios deberán ser marginales, no sustantivos de las aspiraciones de la estrategia y los programas ya ejecutados. Debe existir un consenso entre los actores, debiendo tratar pocos cambios sustantivos. Estos cambios sustantivos se integrarán en la elaboración de una nueva estrategia,

tratando de ser comedidos respecto a la integración en los planes que están en marcha y están produciendo resultados.

4.5

Externalización

Como hemos venido argumentando, la necesidad de complementar las estrategias con la introducción de los flujos migratorios plantea un problema si se desea abordar con la precisión que requiere. Las instituciones públicas, y de forma más acentuada en el escenario local, están haciendo esfuerzos por racionalizar sus recursos, evitar duplicidades o cuidarse de crear unidades u organismos que inflen sus gastos presupuestarios de forma estructural. Este esfuerzo por racionalizar su actuación conforme a los principios de la nueva gestión pública choca con un escenario que exige una más extensiva y mejor prestación de servicios públicos. Es por ello que la introducción en las estrategias de lo que se presume sea un documento técnico debe ordenarse con la mayor eficiencia.

La externalización de este documento analítico supone un coste, como hemos visto, ponderado y habituado a las necesidades del municipio o del área funcional. Es por ello que, si no se dispone de los medios propios necesarios para la elaboración, el seguimiento y la evaluación, la realización externa de este documento debe barajarse.

Esta externalización propuesta presenta una oportunidad para empresas, fundaciones y otras entidades del sector dedicadas a la consultoría o recopilación de datos, o para entidades de carácter benéfico-social. Es por ello que aquí se sitúan dos escenarios posibles: entidades sin ánimo de lucro, pudiéndose encuadrar en la gestión del fomento de la integración a través de subvenciones de carácter público, o entidades con ánimo de lucro, a través de contratos.

4.5.1

Subvención

Como bien dispone la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en su artículo 2, la subvención es toda disposición dineraria a favor de personas públicas o privadas que cumpla, entre otros, los requisitos de que la entrega se realice sin contraprestación directa; de que dicha entrega esté sujeta al cumplimiento de un objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización

de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, etc. Por ello, la selección de este proceso es viable si optamos por entidades que tengan inscrito en su objeto social el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública. La cuestión técnica y/u operativa queda en un segundo plano, pues lo que aquí primamos no es la profesionalidad, sino la capacidad de la entidad de integrar a través de estos principios (como la utilidad pública) a los agentes implicados.

Siguiendo en esta disposición, quedarían exceptuadas las entidades integradas en Administraciones públicas para el desarrollo global de esta u otras actividades; por lo tanto, para no resultar contrario a la ley, la fundación o entidad que desarrolle la actividad subvencionable debe tener carácter privado, o al menos no pertenecer a la Administración convocante de la subvención. Dado que la subvención podría estar incluida dentro de la Estrategia de Desarrollo Urbano Sostenible e Integrado, deberán comunicarse a la Comisión de la Unión Europea los oportunos proyectos, a efectos de que esta declare la compatibilidad con el mercado común.

Al margen de los requisitos legales o las categorías de subvención: paccionadas, nominativas, de concurrencia, periódicas..., el sistema de subvención requiere recomendaciones en función del tipo de informe que se seleccione: exhaustivo, exhaustivo *in itinere*, intermedio o sondeo.

El sondeo, dados el escaso nivel analítico que requiere y la colaboración necesaria a distintos niveles, es el más recomendable para este sistema. La utilización de recursos de que ya se dispone, como el tejido asociativo, las redes de actores o los informes previos, se presenta como una oportunidad si utilizamos el sistema de la subvención.

El sondeo ofrece una gran versatilidad, y el objeto que trata de construir, una identificación somera de perfiles e impacto sobre las estrategias, puede ser gestionado mediante una subvención que integre a las distintas entidades colaboradoras. Una subvención que costee la convocatoria de jornadas y seminarios y la recolección de datos a través de los mismos integrantes de la entidad.

Conforme vayamos subiendo en el nivel de análisis, ello supondrá una mayor concreción y, por tanto, profesionalidad en el tratamiento de datos. Aun con esto, dependerá del nivel de implicación de la Administración y/o del Gobierno del área interesada. Si este trabajo técnico, analítico, ya no solo descriptivo propio del sondeo, es asumido por el personal técnico, la convocatoria de una subvención sigue siendo una buena herramienta. En caso contrario hay que comprender que fundaciones y entidades que tienen en su objeto la integración de personas en riesgo de exclusión no suelen contar con

grandes recursos o personal cualificado, y no puede esperarse por parte de ellas el rigor y la profesionalidad de un equipo consultor.

Sea como fuere, la subvención resulta muy útil en la integración y el desarrollo de las mesas “redondas”, por lo que una prestación conjunta, por un lado subvención a entidades integradas e interesadas, y por otro externalización profesional del contenido analítico, no deja de ser una buena opción. En cualquiera de los casos la coordinación entre ambas debe ser total.

4.5.2

Contratación centralizada y acuerdos marco

Como un método de simplificación contractual, los contratos basados en acuerdos marco permiten tanto la simplificación como su homogenización, preestableciendo una serie de condiciones y términos comunes. Aunque su naturaleza podría casar con la idea de enmarcar de forma común todos los contratos, no hay que olvidar que la Administración local gestiona con autonomía sus intereses y los de su comunidad. Tal defensa del municipalismo desestima la pretensión de centralizar literalmente la gestión de estos contratos. Además de esto, los contratos basados en acuerdos marco tienen un objeto contractual bien definido, que no guarda ninguna relación con el que aquí proponemos. Así pues, como se deduce del artículo 2 de la Orden EHA/1049/2008, de 10 de abril, de declaración de bienes y servicios de contratación centralizada, los servicios de contratación centralizada solo tienen relación con el servicio de consultoría en materia de administración electrónica, así como su gestión, o los servicios postales, de viajes, de ciberseguridad... El sentido de esta mención no reside tanto en su naturaleza jurídica como en su sustancia, pues resulta muy atractiva la idea de crear un proceso común para adaptar el informe que proponemos a las estrategias elaboradas.

4.5.3

Convenios y encomiendas de gestión

Los convenios y las encomiendas de gestión son supuestos excluidos en 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 –en adelante, LCSP–. Concretamente el artículo 6 condiciona su exclusión a unos supuestos como que las entidades intervinientes no tengan vocación de mercado, que el

desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, o que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes, con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumban se presten de modo que se logren los objetivos que tengan en común. Los convenios encuentran su regulación el Capítulo VI del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público –en adelante, LRJSP–. Siguiendo el artículo 47, los convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones públicas no podrán tener por objeto prestaciones propias de contratos, y puesto que lo que aquí valoramos es claramente un servicio de consultoría con un resultado tangible como es un informe, los convenios quedan, *a priori*, descartados. Pero no es solo por este motivo por el que su consideración es meramente enunciativa, un asunto que comparte de hecho con las encomiendas de gestión. Su exclusión se debe a la naturaleza del convenio, cuya firma sucede para la realización de un fin común, y son la ausencia de medios y la necesidad de elementos técnicos las que marcan más el sentido de la “externalización”²⁴.

Siguiendo la LRJSP, el artículo 11 define las encomiendas de gestión como una herramienta para la realización de actividades de carácter material o técnico de modo que, sin suponer la cesión de la titularidad ni la responsabilidad, la Administración recurre a otras entidades de derecho público. En este caso, tales entidades podrían ser fundaciones públicas u otras entidades públicas que tengan entre sus cometidos la gestión o integración de procesos migratorios. El Instituto para la Evaluación de Políticas Públicas u otros organismos públicos pueden gestionar con la suficiencia requerida los distintos informes.

4.5.4

Gestión de servicios: directa o indirecta. Modalidades

Llegados a este punto, las tipologías de informe que aquí proponemos sugieren, dada su naturaleza, una gestión indirecta o contractual basada en la licitación conforme a la LCSP de un contrato de servicios o de concesión de servicios, si se prevé la explotación continuada a modo de evaluación *in itinere* durante todo el proceso. Como veremos en las líneas que siguen, el procedimiento de contratación sí puede suscitar algunas dudas, dependiendo de la urgencia en su adjudicación o de la consideración de criterios sociales o integradores indicativos de la gran calidad.

24. Externalización es el término que hemos querido utilizar, pero entendemos por esta la gestión indirecta y pseudopública, tanto compartida como privada, del asunto.

- ***Contratos públicos***

- ***El órgano de contratación***

Aunque, como hemos venido definiendo, las estrategias se pueden encuadrar en lo que se denominan áreas urbanas o funcionales, el centro de la responsabilidad se sitúa en las entidades locales, municipios constituidos por más de 20 000 habitantes en su mayoría. Ciertamente, tal y como define la LCSP, el órgano de contratación varía de un municipio a otro en función de aspectos como el número de empadronados o la cuantía del contrato, no pudiendo ser mayor de 6 millones de euros o del 10 % del presupuesto del municipio para poder ser adjudicado por alcaldía.

En el supuesto de una gestión compartida, el órgano de contratación será el que asuma el mayor grado de responsabilidad, y en consecuencia el núcleo duro de la decisión.

Para determinar la responsabilidad en la preparación, elaboración y ejecución del contrato se deberá ponderar la totalidad de los intereses públicos implicados, con el fin de que el que tenga más intereses tenga más potestad. Siguiendo el artículo 33 LRJSP, la responsabilidad concurrente será solidaria y atenderá a la competencia, al interés público tutelado o a la intensidad de la intervención. Por otro lado, las tipologías de áreas urbanas expuestas en líneas anteriores definen una unidad de gestión en el desarrollo y la preparación de las EDUSI. Por ello, y siguiendo el criterio de eficiencia, será el mismo órgano de contratación. Asimismo es necesario mencionar lo dispuesto en el anexo IV del Programa Operativo Plurirregional de Crecimiento Sostenible 2014-2020, en el que se determina que se podrá disponer de un órgano supralocal existente o de nueva constitución, abriendo sin duda la puerta a otras posibilidades.

- ***El objeto del contrato***

- ◆ ***Tipo contractual***

Como bien determina el artículo 99 LCSP, el objeto del contrato deberá ser determinado definiéndose en torno a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretendan satisfacer. Sin embargo, la solución a ese objeto no será única, pudiendo ofrecerse diferentes definiciones a aquellos contratos, como es el caso, que puedan incorporar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y la sostenibilidad. Por ello, plantear novedades sociológicas o metodologías que mejoren cualitativamente el informe deberá ser observado con detenimiento.

El contenido mínimo del contrato, recogido en el artículo 35 LCSP, contemplará especialmente las consideraciones sociales, ambientales y de innovación, siendo no solo de especial interés al objeto. En este supuesto el objeto contractual es de por sí una consideración social y de innovación, quizás en menor medida o de una forma más indirecta de forma ambiental.

Dada su naturaleza estamos ante un contrato de servicios cuya prestación de hacer conforma la recopilación de datos, el tratamiento y la valoración del impacto sobre diferentes sectores en un área determinada. Este tipo de contrato se podría incluir en las nomenclaturas CPV (*Common Procurement Vocabulary*): 7300000000 – servicios de Investigación y desarrollo y servicios de consultoría conexos; 7322000000 – servicios de consultoría en desarrollo; 7321000000 – servicios de consultoría en investigación entre otros.

♦ Precio

Aunque el coste ha sido abordado en líneas anteriores, aquí desarrollaremos un análisis jurídico sobre el precio siguiendo la LCSP.

El precio se fijará de acuerdo con lo establecido en el pliego de cláusulas administrativas, pudiendo estar referido a componentes de prestación, unidades de ejecución o de tiempo, a tanto alzado o como resultado de aplicación de honorarios por tarifas o combinación de ambas. Aunque se determine en el artículo 102 LCSP que el precio debe ser cierto, en los supuestos de procedimiento negociado, diálogo competitivo o procedimiento de asociación para la innovación se ofrece una excepción, pudiendo celebrarse contratos con precios provisionales. En estos supuestos debe ponerse de manifiesto la necesidad de que la ejecución se produzca antes de que la determinación del precio sea posible. No se prevé la necesidad de ejecutar la prestación previamente a la determinación del precio.

El informe que acompañe a las estrategias no debe plantear problemas en cuanto a la determinación de su precio, aunque la ejecución de una evaluación *in itinere* de su influencia sobre las estrategias sí. Esta división entre informe y evaluación, en sus distintas modalidades, es susceptible de determinarse mediante lotes que hagan una mejor ejecución del contrato, por lo que habrá que estar a lo dispuesto sobre su naturaleza (art. 99.3 LCSP).

Aunque al tratarse de un contrato de servicios la estimación de este precio se determinará en función del importe total sin incluir IVA, el procedimiento de adjudicación a través de asociación para la innovación tendrá en cuenta el valor máximo estimado, excluido el IVA, de las actividades de investigación y desarrollo que esté previsto que se realicen a lo largo de la duración total de la asociación, y de los servicios que esté previsto que se ejecuten o adquieran al final de la asociación (art. 101, apdo. 14, LCSP).

♦ Duración

En el supuesto del servicio, concluirá con la presentación del informe, por lo que no deberá tener una duración, siguiendo lo establecido en la LCSP –artículo 29–, superior a 5 años. Un asunto distinto sería el de los contratos de concesión de servicios, que, dada su naturaleza, podrán durar hasta 25 años, al no tratarse de servicios sanitarios. Puesto que el informe estaría asociado a la ejecución de un programa de desarrollo sostenible enmarcado, la duración podrá venir determinada por la prestación principal en virtud de la cual surge la necesidad de este contrato. La duración, por tanto, estaría vinculada a la duración de la Estrategia DUSI, en el supuesto, claro está, de que se optase por un tratamiento *in extenso* de la integración del flujo migratorio, y no solo de un informe que de forma puntual valorase el impacto de los flujos migratorios en la Estrategia (sondeo).

♦ El adjudicatario

Como hemos esbozado, cualquier personalidad jurídica o física con capacidad de obrar podrá realizar la prestación siempre que se encuentre dentro de los fines, objeto o ámbito de la actividad. Entre aquellas, podemos reseñar las fundaciones, asociaciones, empresas con fines sociales, empresas de consultoría, investigadores o cualquier persona que pueda acreditar la idoneidad y la profesionalidad en la preparación, el desarrollo y la ejecución del contrato.

■ *Las formas más habituales de contratación: el procedimiento abierto y restringido*

Aunque, como bien indica la LCSP, la adjudicación de los contratos se debe realizar ordinariamente utilizando el procedimiento abierto o el restringido, la naturaleza de la prestación nos induce a pensar en el procedimiento de asociación para la innovación. El carácter innovador del procedimiento de asociación para la innovación puede resultar de interés, ya que la disponibilidad del objeto en el mercado no ofrece las garantías de su maximización en cuanto a rendimiento y costes, todo ello al margen de que tenga ese calificativo innovador.

Al tratarse de un contrato de servicios, exigirá la previa apreciación de la insuficiencia de los medios disponibles. Para ello se requerirá la elaboración de un informe que se adjuntará al expediente de contratación y determinará la necesidad de su celebración. Los motivos relacionados con la insuficiencia se podrán referir a la incapacidad del personal disponible para acometer el tipo

de informe sin que produzca un menoscabo en el servicio, o a que el volumen de trabajo haga impracticable o ineficiente acometer este trabajo.

■ *Los procedimientos de negociación*

◆ **El diálogo competitivo**

Este sistema contractual presenta una alternativa a los aquí vistos. Aunque sustantivamente resuelve un modelo contractual con carácter innovador, al desplazar los centros de decisión o de “inspiración” a los candidatos ofrece un gran valor añadido. Primero, porque a modo de *brain storming* otorga a los licitadores la oportunidad de desarrollar una o varias soluciones para satisfacer las necesidades, sirviendo de base o inspirando al objeto contractual resultante. Si acudimos al artículo 167 LCSP, nos ofrece supuestos de aplicación de este sistema contractual: entre otros, cuando para satisfacer las necesidades del órgano de contratación sea imprescindible un trabajo previo de diseño o de adaptación, o en el supuesto de que el contrato incluya soluciones innovadoras o un proyecto. Igualmente, la naturaleza del objeto contractual exige una negociación previa que atienda a las circunstancias específicas vinculadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración de la prestación. Puesto que, como ya viene anunciando la Ley, el diálogo competitivo aspira a la selección más acertada que satisfaga las necesidades planteadas por el órgano de contratación, la contribución es recompensada. Como un instrumento de fomento, los órganos de contratación podrán establecer en el documento descriptivo primas o compensaciones.

■ *Responsabilidad sobre el empresario*

La solvencia exigida o exigible tendrá una especial mención en la previa oferta de prestación de servicios de proximidad, debiendo ofrecer una concreta experiencia referida a aptitudes de carácter social (art. 90 LCSP).

La constitución de la garantía definitiva regulada en el artículo 107 LCSP podría ser eximida habiéndose justificado previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, al ser un caso fácilmente encuadrable en “contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social” (art. 107.1, apdo. 2). Sin embargo, habría que atender a una identificación previa del colectivo sujeto de estudio; aunque de forma generalizada el tratamiento será de migrantes que pertenezcan a este colectivo en riesgo de exclusión, existirán supuestos en los que los migrantes sean de

posiciones económicas muy elevadas o colectivos cuya integración sea plena y efectiva. Para identificar estos perfiles y consecuentemente la correcta preparación del contrato, el artículo 115 LCSP prevé la realización previa de estudios de mercado o consultas a operadores económicos, con la finalidad de preparar correctamente la licitación. Para estos estudios o consultas tiene un mayor acierto la selección de expertos o autoridades independientes, pertenecientes a academias o universidades que hayan tratado o traten los flujos migratorios, o la identificación de perfiles socioeconómicos dentro de las otras dos opciones que plantea el mismo artículo, como lo son los colegios profesionales, o, con carácter excepcional, operadores económicos activos en el mercado. Como bien continúa, estos expertos o autoridades independientes pueden concurrir libremente a la posterior licitación, aunque hayan realizado estudios delimitando precisamente el objeto del contrato.

Como hemos visto hasta ahora, el empresario debe tratar con sumo cuidado los datos ofrecidos por los encuestados, o los obtenidos de fuentes susceptibles de resultar identificadas o identificables en términos del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. En lo que respecta a la confidencialidad desarrollada por el artículo 133 LCSP, el contratista resultante de la adjudicación deberá respetar el carácter confidencial de la información a la que tenga acceso como consecuencia de la ejecución del contrato. El pliego o el propio contrato deberán determinar el alcance de los datos que serán tratados como confidenciales, debiendo ser mantenidos como tales durante el plazo de cinco años desde el conocimiento de esa información, salvo que los pliegos estableciesen uno mayor. Evidentemente esta información confidencial podrá ser utilizada con fines estadísticos o para posteriores estudios, siempre que se produzca la disociación de datos de carácter personal o estos no arrojen información que pueda comprometer tanto al interés general como al propio consistorio.

La responsabilidad en la ejecución del contrato no debe dirigirse a la efectiva integración del informe o a la confirmación de los resultados esperados. La empresa adjudicada deberá responder por la calidad, la metodología, el rigor y las indicaciones recogidas en el pliego. La relación, por tanto, se dirige más a aspectos técnicos que a las consecuencias de la utilización del informe.

- **La protección de datos: categorías especiales y complicaciones derivadas del tratamiento**

Es reseñable identificar la sensibilidad de los datos que son objeto de tratamiento, es decir, datos como el origen étnico o racial, las preferencias

religiosas, u otros tantos que constituyen la categorización de los flujos migratorios. Esta sensibilidad tiene su consecuencia más directa a través de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales –en adelante, LGPD–, así como del Reglamento “inspirador”, proveniente de la Unión Europea, 2016/679, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos –en adelante, el Reglamento–. Estos datos se categorizan como datos especialmente protegidos. Siguiendo el artículo 9 LGPD o el 9.2.a) del Reglamento para el tratamiento de estos datos, no basta con el consentimiento del afectado, quedando prohibidos si su motivación es la identificación unívoca del afectado. Sin embargo, los fines para los que se produce su tratamiento están justificados siguiendo lo dispuesto en el artículo 9.2.j). Así pues, la prohibición no es de aplicación en el supuesto de que el tratamiento sea necesario para fines de interés público, investigación o estadístico, debiendo ser proporcional a los fines perseguidos y estableciendo medidas adecuadas y específicas para proteger los derechos e intereses del interesado. Dado el nivel de seguridad que exige el adjudicatario, deberá acreditar la suficiencia en cuanto a la garantía de su protección y tratamiento.

Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para tales derechos y libertades. Deben incluirse entre tales datos personales los datos de carácter personal que revelen el origen racial o étnico, entendiéndose que el uso del término “origen racial” en el Reglamento europeo no implica la aceptación por parte de la Unión de teorías que traten de determinar la existencia de razas humanas separadas. Tales datos personales no deben ser tratados, a menos que se permita su tratamiento en situaciones específicas contempladas: el cumplimiento de una obligación legal o de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento. Se deben establecer de forma explícita excepciones a la prohibición general de tratamiento de esas categorías especiales de datos personales, entre otras cosas cuando el interesado dé su consentimiento explícito o tratándose de necesidades específicas, en particular cuando el tratamiento sea realizado en el marco de actividades legítimas por determinadas asociaciones o fundaciones cuyo objetivo sea permitir el ejercicio de las libertades fundamentales.

• ***Principio transversal***

La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido por numerosos textos internacionales sobre derechos

humanos, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983, u otras conferencias mundiales monográficas, como las de Nairobi 1985 y Beijing 1995. En el escenario europeo, la igualdad es un principio fundamental recogido por el Tratado de Ámsterdam de 1 de mayo de 1999, siendo ya abordado por el artículo 111 del Tratado de Roma. Este acervo originario trajo consigo la aprobación de las directivas 2002/73/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. El resultado en nuestro ordenamiento jurídico concluyó en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una ley que introduce un elemento que es de vital importancia para el presente trabajo: la especial consideración y el reconocimiento de los supuestos de doble discriminación. La singularidad de ello reside en las dificultades que plantea la pertenencia a dos colectivos en riesgo como son las mujeres migrantes o las mujeres con discapacidad, siendo reconocidas por la misma Ley como colectivos que presentan una especial vulnerabilidad, ya sea por su pertenencia a minorías étnicas o por las dificultades que plantea su especial condición.

Sin embargo, como la propia Ley enunciaba, motivo por el cual es necesaria su mención, la mayor novedad de la Ley reside en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, teniendo la consideración inexcusable de introducir de forma transversal la igualdad, seña de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio. En lo que aquí nos atañe, el estudio propone la integración efectiva de la perspectiva de género en la elaboración de los estudios y en las estadísticas necesarias para su desarrollo. La variable “sexo” es una condición necesaria para establecer e incluir en las operaciones estadísticas un mejor conocimiento de las diferencias en los valores, roles y experiencias de los encuestados. Por tanto, no se reduce a una cuestión de integración de determinados sectores potencialmente excluibles, sino que además es acertado metodológicamente hablando ampliar la muestra no solo en su universo, sino también de acuerdo con la dimensión que abarca. Así pues, obtenemos una ventaja doble: cumplimos gustosamente lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y además mejoramos el modelo.

5

Reflexiones finales

Dada la naturaleza del presente trabajo, no tiene sentido hacer una valoración, puesto que consta precisamente de esto, una valoración rigurosa, analítico-descriptiva, sobre la mejora metodológica de las EDUSI a través de la introducción de los flujos migratorios. Por ello, se aprecia más pertinente hacer una advertencia y una consideración común a todo lo expuesto, que alivie tanto su comprensión como su aplicación.

Si hacemos un visionado común, podemos entender que las estrategias DUSI tienen una limitación en cuanto a su innovación, si entendemos que tanto los objetivos como las convocatorias no son dirigidos por las entidades locales o áreas urbanas interesadas. Pese a esto, las estrategias elaboradas sí contienen cierta discrecionalidad, no tanto en su estructura como en la profundización en elementos que pueden ser determinantes para la eficacia y la eficiencia de las susodichas. Es decir, los flujos migratorios ocupan espacio tanto en el análisis social y demográfico como en la adopción de medidas concretas del OT 9 o incluso, y como hemos visto, en los análisis DAFO. Su inclusión, por tanto, al margen de su pertinencia, es asumible por la Estrategia, respetando, eso sí, los límites. Por ello, el primer punto del trabajo trata de analizar sendos conceptos de forma operativa y normativa, para después establecer un nexo de unión viable entre ambos. Esta unión viene referida a la implementación de los flujos en las estrategias, mientras que las buenas prácticas tienen una aplicación sobre su integración, es decir, sobre aspectos concretos de actuación que hagan efectiva esta integración. Es por ello que la línea de investigación se parte en dos momentos que pueden suscitar cierta confusión.

Por un lado, tenemos implementación del flujo. La implementación se contrasta poniendo a prueba su viabilidad, analizando los conceptos previamente que se pondrán en común. Después se analizan supuestos de especial interés para probar su implementación real, utilizando un análisis descriptivo de cada caso, Cabanyal, Palmas de Gran Canaria, Madrid...

Por otro lado, tenemos integración del flujo. Una vez probada su implementación se identifican buenas prácticas, tanto específicas (oficina de atención al extranjero, programas de idiomas...) como criterios básicos aplicables a toda estrategia.

La conclusión de todo ello es el manual que en que convergen tanto la implementación del flujo como su efectiva integración, con el objetivo de mejorar tanto el método como el resultado, permitiendo obtener resultados medibles y tangibles susceptibles de mejora, si bien es cierto que la

multiplicidad de factores que influyen en la toma en consideración, y en la posterior integración, dificulta mucho un manual con un nivel de concreción tan específico. Si el objeto hubiera sido precisamente un manual específico, habría desarrollado infinitud de situaciones inconexas que harían prácticamente imposible una implementación homogénea. Es por ello que se presentan de una forma más elástica, desplazando las soluciones concretas a los actores implicados concretos, es decir, utilizando a organizaciones implicadas y afectadas, en mesas de negociación o redondas. Sin duda, desplazar el centro de la toma en consideración de problemas no solo es un buen ejercicio democrático, sino que termina por consolidar una toma de decisión y un abordaje más acertados, así como contribuye a la construcción de tejidos asociativos más sólidos y la *institucionalización* a la que hicimos referencia. Unos tejidos que contribuyen a una mejor y mayor cohesión social en barrios, áreas y ciudades. Si entendemos que este no solo es el OT 9, sino que además es uno de los pilares del desarrollo sostenible y urbano, entenderemos que los flujos migratorios son un baluarte lleno de potencialidades económicas y sociales que, además de construir ciudades, construye a ciudadanos.

Finalmente, atendiendo a una nueva etapa que nos acontece, y habiendo casi concluido las estrategias programadas para 2014-2020, se hace necesaria y recomendable la introducción novedosa de un análisis más riguroso del impacto de los flujos sobre las estrategias, cuidando cualquier duplicidad, análisis sesgado o ideológico que reste, más que aporte, a la Estrategia.

6

Referencias académicas

- BORRAJO INIESTA, Ignacio, “El desorden administrativo de la inmigración en España”, *AFDUAM*, 7, 2003, 119-133.
- DRUCKER, Peter F., *The Practice of Management*, Harper & Row, Nueva York, 1954.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio, “El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros”, *Derecho y conocimiento*, 1, 2001, 375-394; <https://doi.org/1578-8202>.
- FUENTES SÁNCHEZ, Raquel, “Menores Extranjeros No Acompañados (MENA)”, *Azarbe*, 3, 2014, 105-111.
- GONZÁLEZ MEDINA, Moneyba, “Elementos de una política urbana europea. Experiencias de gestión del desarrollo urbano en Alemania y España”, *Revista Española de Ciencia Política*, 27, 2011, 45-67.

- HARGUINDÉGUY, Jean-Baptiste, *Análisis de políticas públicas*, Tecnos, Madrid, 2013.
- HJERN, Benny & PORTER, David O., “Implementation Structures: A New Unit of Administrative Analysis”, *Organization Studies*, 1981, 211-227.
- LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la futura Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Migraciones*, 12, 2002, 43-79.
- LLOPIS GOIG, Ramón, “El ‘nacionalismo metodológico’ como obstáculo en la investigación sociológica sobre migraciones internacionales”, *EMPIRIA. Revista Metodológica de Ciencias Sociales*, 13, 2007, 101-117; <https://doi.org/1139-5737>.
- PUTNAM, Robert D., *Bowling Alone. The Collapse and Revival of American Community*, Simon & Schuster, Nueva York, 2000.
- ROBERTS, Nancy Charlotte & KING, Paula, “Policy Entrepreneurs: Their Activity Structure and Function in the Policy Process”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1, 1991, 147-175.
- RUIZ DE LOBERA PÉREZ-MÍNGUEZ, Mariana, “Inmigración, diversidad, integración, exclusión: conceptos clave para el trabajo con la población inmigrante”, *Revista de Estudios de Juventud*, 66, 2004, 11-21; <https://doi.org/02114364>.
- SARTORI, Giovanni, “Comparing and Miscomparing”, *Journal of Theoretical Politics*, 1991, 243-257.

QDL52

III.
JURISPRUDENCIA

Estudio sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de haciendas de los entes locales*

PILAR GALINDO MORELL

*Letrada-jefe de la sección de recursos del Gabinete
Técnico del Consejo General del Poder Judicial*

1. Introducción
2. Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2019 con relación a las tasas locales
3. Sentencias dictadas con relación al impuesto de bienes inmuebles (IBI)
4. Sentencias con relación al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU)
5. Autos dictados en el año 2019 que afectan al ámbito local

1 Introducción

La reforma del recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo, operada por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), ha implicado un cambio en su configuración y, en lo que aquí interesa, ha ampliado significativa y considerablemente el número de resoluciones sobre tributos locales que tienen acceso a la casación.

La finalidad de la reforma es doble respecto a sus consecuencias: por un lado, asegurar la uniformidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, y por

* Ponencia presentada en el Ciclo de Seminarios de Actualización Jurídica Local “Josep Maria Esquerda” 2020, organizado por la Diputación de Barcelona, el día 24 de enero de 2020.

otro, contribuir a reforzar la seguridad jurídica para todos los aplicadores del derecho. La regulación anterior generaba efectos claramente insatisfactorios e insuficientes para todas las partes, por cuanto impedía el conocimiento por parte del Tribunal Supremo de determinados asuntos sobre los que era útil y conveniente su pronunciamiento, y obligaba al Tribunal a conocer asuntos de trascendencia menor, pero que por la cuantía tenían acceso al recurso de casación.

El vigente recurso de casación contencioso-administrativo constituye un instrumento al servicio de la “formación de la jurisprudencia” por parte del tribunal de casación, que a través de sus autos de admisión –y en algunos supuestos de los de inadmisión– debe dejar sentada una interpretación de interés casacional según resulte del examen del propio ordenamiento jurídico, en el que la noción de “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” se erige en la piedra angular del nuevo modelo casacional.

Así, cabe mencionar, entre otras resoluciones, las siguientes:

- ATS de 19 de diciembre de 2019 –rec. núm. 4291/19–, sobre la determinación, en el impuesto de construcciones, instalaciones y obras (ICIO), de la figura del sustituto del sujeto pasivo en el caso de que en una misma persona concurra la condición de dueño de la obra y de solicitante de la licencia.
- ATS de 19 de diciembre de 2019 –rec. núm. 2660/19–, sobre liquidación firme del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU) del Ayuntamiento de Bilbao, con respecto a una solicitud de interpretación de normas claras (arts. 39 y 40 LOTC), en relación con los efectos de declaraciones de inconstitucionalidad de normas, y con la carencia de interés casacional por derogación de la normativa foral reguladora del IIVTNU.
- ATS de 5 de diciembre de 2019 –rec. núm. 3983/19–, sobre la determinación de si en el caso de aportación sin contraprestación por un cónyuge de un bien privativo a su sociedad conyugal, tal transmisión se encuentra sujeta al ISD o bien al ITPAJD y, en el primer caso, si el sujeto pasivo es la sociedad de gananciales o el otro cónyuge.
- ATS de 28 de noviembre de 2019 –rec. núm. 3873/19–, con relación a la sujeción o no al impuesto sobre actos jurídicos documentados (documentos notariales, cuota proporcional) de una escritura pública por la que se transmite una oficina de farmacia.
- ATS de 7 de noviembre de 2019 –rec. 2009/19–, sobre carencia manifiesta de interés casacional objetivo para la formación de

jurisprudencia, tratándose de una norma derogada; y sobre la falta de proyección sobre litigios futuros. Es un precedente, en asunto similar, el ATS de 14 de junio de 2019 –rec. núm. 69/2019–.

- ATS de 19 de septiembre de 2019 –rec. núm. 2314/19–, en el que la cuestión sometida a casación es si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal, cabe alegar la ausencia absoluta de motivación o de justificación de las razones en que se sustenta la modificación de un elemento de cuantificación de la cuota, por tratarse del incumplimiento de un requisito determinante de un elemento esencial del tributo, o si por el contrario, no cabe tal invocación por tratarse de un mero vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general. Cuestión similar a la planteada en los recursos números 1567/2018 –Auto de 20 de junio de 2018–, 4783/2018 –Auto de 25 de enero de 2019– y 6474/2018 –Auto de 28 de marzo de 2019–.

2

Sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en el año 2019 con relación a las tasas locales

En este apartado se recoge una selección de las sentencias dictadas en el año 2019 referidas al ámbito local con relación a las tasas.

En cuanto a la descripción del hecho imponible deben tenerse en cuenta los artículos 2.2.a) LGT y 20.1 TRLRHL.

Las tasas son los tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado (modificación operada por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible).

El artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, establece que las entidades locales, en los términos previstos en esta Ley, podrán establecer tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público local, así como por la prestación de servicios públicos o la realización de actividades administrativas de competencia local que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos.

Como es sabido, las tasas tienen naturaleza retributiva, mientras que los impuestos tienen naturaleza contributiva, contribuyen al sostenimiento de los gastos públicos.

En esta materia destacan las siguientes sentencias:

***) STS de 31 de enero de 2019 –rec. núm. 1898/2017–.**

STSJ 632/017  ATS 12270/17

En el auto de admisión, de 30 de octubre de 2017, se consideró que presenta interés casacional objetivo la siguiente cuestión: “Clarificar si, conforme a la naturaleza retributiva de las tasas, el principio de capacidad económica puede ser utilizado como criterio modulador de su cuantía, pudiéndose además justificar que la menor contribución al coste del servicio público de unos sujetos pasivos pueda ser repercutida a otros sujetos sin que estos hayan generado un mayor coste proporcional a la mayor contribución exigida”.

La Sala recuerda que las tasas son una modalidad de tributo y que, por tanto, opera en ellas el principio de capacidad económica, al estar proclamado por el artículo 31.1 CE para la totalidad del sistema tributario, y que los artículos 8 LTPP (Ley de Tasas y Precios Públicos) y 24.4 TRLRHL prevén la ponderación de la capacidad económica en la cuantificación de las tasas, sin establecer un elenco taxativo o excluyente de los concretos factores que podrán ser considerados en esa ponderación. Concluye, respecto de aquellas tasas establecidas por la prestación de un servicio, que respetado el límite máximo que significa el coste total del conjunto de servicios, el reparto individual de la tasa puede ser desigual mediante su modulación con criterios de capacidad económica objetivados y razonables. El reparto individual habrá de efectuarse, por tanto, con pautas de proporcionalidad que tengan en cuenta el grado de utilización del servicio. Con tal base, desestima la casación.

En el F.J. quinto se recogen los criterios interpretativos sobre la figura tributaria de la tasa y la incidencia en ella de los principios de capacidad económica y de equivalencia:

1.– Las tasas, según la definición que de ellas efectúan los artículos 2.2.a) de la LGT 2003, 6 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos [LTPP] y 20.1 del TR/LHL 2004, son, en primer lugar, una clase de tributo; y, en segundo lugar, tienen como elemento diferenciador, en relación con otros tributos, el hecho imponible, que está constituido por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o por la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario.

Estas dos notas que acaban de expresarse ya permiten estas dos primeras declaraciones sobre las tasas: (1) la operatividad en ellas del principio de capacidad económica, al estar proclamado por el artículo 31.1 CE para la totalidad del sistema tributario; y (2) exigen necesariamente para su devengo ese elemento fáctico que las singulariza frente a otras figuras tributarias, constituido bien por un uso privativo o especial de bienes demaniales, bien por una actividad administrativa, referidos uno u otro hecho al obligado tributario.

Y esa segunda declaración debe completarse señalando que para el devengo de la tasa no basta con ponderar una situación de capacidad económica en el obligado, pues si, por parte de este, no concurre el hecho de un uso demanial, o el de su afectación por una actividad administrativa, tampoco hay tasa; siendo esto último lo que ha llevado a que haya sido atribuido un carácter bilateral a la relación tributaria que genera la tasa y también se haya destacado que el presupuesto de hecho de esta figura, a diferencia del correspondiente al impuesto, no presenta una estructura contributiva.

2.– Abundado en la operatividad en las tasas del principio de capacidad económica, debe decirse que su formulación legal se encuentra principalmente en estos dos preceptos:

El artículo 8 de la LTPP: “Principio de capacidad económica. En la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas”.

Y el artículo 24.4 del TR/LHL: “4. Para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas”.

Sobre lo establecido en estos preceptos, conviene subrayar que refiere la ponderación de la capacidad económica a la cuantificación de la tasa, sin establecer un elenco taxativo o excluyente de los concretos factores de capacidad económica que podrán ser considerados en esa ponderación.

Y que la virtualidad que ha de darse a otros postulados constitucionales (sobre todo, los de interdicción de la arbitrariedad y de igualdad de los artículos 9.3 y 14 CE), requerirá que la concreta manifestación económica que sea tomada en consideración tenga una base objetiva y respete unas pautas de razonabilidad.

3.– Por lo que se refiere al principio de equivalencia, está formulado en estos preceptos legales:

Artículo 7 de la LTPP: “Artículo 7. Principio de equivalencia. Las tasas tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible”.

Artículo 24.2 TR/LHL: “2. En general, y con arreglo a lo previsto en el párrafo siguiente, el importe de las tasas por la prestación de un servicio o por la realización de una actividad no podrá exceder, en su conjunto, del coste real o previsible del servicio o actividad de que se trate o, en su defecto, del valor de la prestación recibida.

Para la determinación de dicho importe se tomarán en consideración los costes directos e indirectos, inclusive los de carácter financiero, amortización del inmovilizado y, en su caso, los necesarios para garantizar el mantenimiento y un desarrollo razonable del servicio o actividad por cuya prestación o realización se exige la tasa, todo ello con independencia del presupuesto u organismo que lo satisfaga. El mantenimiento y desarrollo razonable del servicio o actividad de que se trate se calculará con arreglo al presupuesto y proyecto aprobados por el órgano competente”.

Sobre este principio de equivalencia, debe también decirse que se traduce principalmente en la ecuación entre los costes del servicio y el importe de las tasas establecidas para retribuirlos, operando aquellos costes como un límite máximo de este segundo importe; y debiendo resultar la equivalencia de un cómputo global de los costes e ingresos ponderables, esto es, no en relación con el coste del servicio concreto prestado a cada sujeto pasivo sino con el correspondiente al conjunto del servicio o la actividad de que se trate.

Ha de añadirse, asimismo, que este principio de equivalencia se diversifica en estos otros dos: (i) el principio de cobertura de costes, que se materializa en esa ecuación costes/recaudación por tasa de que se viene hablando; y (ii) el principio de aprovechamiento obtenido o utilidad percibida, que se traduce en una cierta proporcionalidad entre la tasa recaudada y el valor que para el ciudadano tiene la prestación del servicio que recibe.

Siendo de subrayar, en lo que hace a este segundo principio, que no basta para la validez del reparto individualizado de ese coste global con respetar el límite máximo de ese coste global, pues dicho reparto individualizado ha de hacerse con criterios de proporcionalidad y ponderación de los grados de utilización.

Así se expresa la sentencia núm. 716/2017, de 26 de abril (recurso 167/2016) de esta Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

4.– Con base en lo anterior, procede señalar estas conclusiones: una vez respetado el límite máximo que significa el coste total del conjunto de servicios, el reparto individual de la tasa puede ser desigual mediante

su modulación con criterios de capacidad económica; estos criterios habrán de estar objetivados y ser razonables; y el reparto individual habrá de efectuarse con pautas de proporcionalidad que tengan en cuenta el grado de utilización del servicio.

***) STS de 22 de mayo de 2019 –rec. núm. 1800/2017–.**

STSJM 64/2017  ATS 6125/17

En el recurso se plantea la cuestión de si las entidades locales pueden sujetar a las entidades financieras a una tasa por vigilancia especial de viviendas deshabitadas.

Considera la Sala de instancia –Tribunal Superior de Justicia de Madrid– que “las características del servicio, por su propia naturaleza, de vigilancia y patrulla de vía pública solo se concibe como de vigilancia pública en general, pues es obvio, la presencia policial en la vía pública previene la comisión de cualquier tipo de infracción, y en especial, de las más graves tipificadas como delito”, conforme al art. 245 del Código Penal, sin que puedan repercutirse los costes de prevención del delito a quien lo sufre; y anuló la Ordenanza fiscal con el argumento de que esta tasa vulneraba el art. 21.1 c) del TRLRHL.

Por auto de 21 de junio de 2017 se precisó que las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

a) Determinar si una tasa por prevención y vigilancia especial de viviendas, como la exigida por el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 20, apartados 1 y 2, del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, o si se trata de un supuesto de vigilancia general no sujeto en virtud del artículo 21.1.c) del citado texto legal.

b) Dilucidar si en un servicio público de vigilancia especial la definición del hecho imponible contenida en la Ordenanza fiscal ha de ser particularmente clara y precisa, de forma que permita delimitar los servicios inherentes a la misma con los propios de la vigilancia en general o si es suficiente con una mención genérica.

c) Esclarecer si la desocupación de una vivienda, elemento configurador del hecho imponible de la tasa, justifica la prestación de un servicio público local con carácter obligatorio, de prevención y vigilancia especial, con un destinatario concreto, quien es, a su vez, el sujeto pasivo de la tasa.

La sentencia dictada en casación en su F.J. segundo señala lo siguiente:

El art. 20 de la LGT también establece una delimitación del hecho imponible desde un punto de vista negativo, esto es, “La ley podrá

completar la delimitación del hecho imponible mediante la mención de supuestos de no sujeción”. En esta línea el art. 21 del TRLHL, entre los supuestos de no sujeción y de exención, prevé el de “Vigilancia pública en general”.

Siguiendo la delimitación legal, cabe convenir que el establecimiento de una tasa exige el cumplimiento de una serie de condiciones ex lege. La tasa se liga inescindiblemente al servicio público o a la actividad administrativa a cuya realización venga obligado el ente local y al beneficio o la satisfacción que reporta al que la recibe, aun en aquellos supuestos prestados de oficio “por razones de seguridad, salubridad, de abastecimiento de la población o de orden urbanístico, o cualesquiera otras”, de suerte que sea aquel que se beneficie el que los financie y no el resto de la comunidad que ningún beneficio individual obtiene. El sometimiento a las expresadas condiciones resulta ineludible para la legalidad de la tasa impuesta.

Pero no todo servicio público o actividad administrativa de prestación obligatoria por los entes locales puede sujetarse al pago de una tasa, en tanto que el art. 21 excluye expresamente algunos de estos. Su denominador común es el de ser servicios esenciales para la comunidad, de la cual se benefician con igual intensidad –aun cuando su uso pueda ser distinto– el conjunto de los ciudadanos, por lo que todos deben contribuir a sufragarlos mediante los instrumentos tributarios o financieros dispuestos al efecto, entre los que no se encuentran las tasas por su carácter sinalagmático en relación con el concreto beneficio que obtiene el sujeto pasivo con el servicio o actividad que se le ha prestado, “que se refieran, afecten o beneficien de modo particular a los sujetos pasivos”.

Ciertamente el servicio de vigilancia pública, entre cuyas manifestaciones ningún inconveniente existe para comprender los prestados por la Policía municipal dentro del ámbito competencial que le viene atribuido, en aquellos supuestos en los que no sea de carácter general, expresamente excluido de la sujeción de una tasa, puede presentar diversas manifestaciones, de carácter especial, que pudieran satisfacer intereses o necesidades individuales delimitadas a favor del sujeto pasivo, y que por ende, reuniendo los requisitos previstos, pudieran ser financiados mediante la correspondiente tasa.

La primera exigencia, por tanto, es que se trate de supuestos distintos de los que se engloba dentro del servicio de vigilancia pública general, en el ámbito competencial propio, claro está, de la Policía municipal. Lo cual exige que la Ordenanza fiscal

desglose y delimite concreta y acabadamente el hecho imponible de la tasa y su contenido, parafraseando a nuestra sentencia de 19 de julio de 2016, tratándose del hecho imponible, esto es, del presupuesto de hecho cuya realización origina el nacimiento de la obligación de contribuir el texto de la ordenanza fiscal ha de ser particularmente claro y preciso. La simple llamada a la prestación del servicio de vigilancia especial, carece de contenido delimitador y adecuado para cerciorarse de que efectivamente se trata de un servicio distinto del de vigilancia pública general, y la referencia a la prevención de riesgo de usurpación de las viviendas propiedad de las entidades fiscales, en cuanto constituye un presupuesto de hecho tipificado como delito, como dice la sentencia de instancia, no puede desglosarse del contenido propio de la vigilancia pública general y más en concreto de las funciones que con carácter general se le asigna a la Policía local, art. 53 de la LOCFSE, en relación con su art. 29 y 126 de la CE, como de forma nítida pone de manifiesto la sentencia impugnada.

Dado los términos en los que se desarrolla el debate, no procede entrar en otras consideraciones que cabría hacer a la regulación que se prevé en la Ordenanza de la tasa que nos ocupa, pero sí ha de ponerse de manifiesto, al menos, por exigencia del propio principio de legalidad, que nos ha servido de hilo conductor en nuestras reflexiones, que las entidades locales vienen obligadas a observar el principio de reserva de ley y por tanto a respetar la configuración legal de las tasas, sujetas al principio de equivalencia, por lo que el perseguir otros fines de carácter extrafiscal solo podrá hacerse cuando expresa o, al menos, implícitamente, se autorice legalmente la utilización de esta figura tributaria para aquellos fines; por lo que justificar la imposición de esta tasa para garantizar la pacífica convivencia de los vecinos y, por otro, promover que las entidades financieras faciliten el acceso a las mismas mediante alquileres sociales, sin el suficiente respaldo normativo, conculcaría el principio de legalidad.

Concluye la sentencia que “No tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico una tasa por prevención y vigilancia especial de viviendas, como la exigida por el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz, en tanto que incumple el principio de legalidad al no determinar con la claridad y precisión exigida el hecho imponible, por cuanto su delimitación incurre en una pura tautología, está vacía de contenido y viene a identificar un supuesto paradigmático de vigilancia pública general, no sujeta por mor del art. 21.1.c)”.

***) STS de 5 de junio de 2019 –rec. núm. 1917/2017–.**STSJ CAT 12390/2016  ATS 7068/2017

En dicha sentencia, la resolución recurrida en casación es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, con fecha 29 de diciembre de 2016, estimatoria del recurso contencioso-administrativo número 65/2015, promovido por la entidad Red Eléctrica de España, S.A.U. contra la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Vilaller (Lleida), reguladora de la “Taxa per utilització privativa o aprofitament especial del domini públic local de les instal·lacions de transport d’energia elèctrica, gas, aigua i hidrocarburs”, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Lleida de 26 de noviembre de 2014, declarando, en relación con el transporte de energía eléctrica, la nulidad del artículo 4 y del “Anexo de Tarifas”.

Por auto de 12 de julio de 2017 se estimó que la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consistía 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 esa utilización o aprovechamiento cabe acudir al valor catastral de tal clase de suelo con construcciones, ponderándolo con el de esas instalaciones.

Para la Sala, los parámetros empleados por la Ordenanza y por el informe técnico-económico para cuantificar la tasa (el valor catastral del suelo, el valor de las instalaciones empleadas para el transporte de la energía eléctrica o el coeficiente “RM”) son objetivos, proporcionados y no discriminatorios, respetuosos con 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. Y ello aunque resulte sugerente el argumento de los votos particulares a las sentencias de 21 de diciembre de 2016 (casaciones números 336/2016, 436/2016, 580/2016, 947/2016 y 1117/2016), 18 de enero de 2017 (casación número 1473/2016) y 2 de febrero de 2017 (casación número 1114/2016), según los cuales la consideración de aquellas instalaciones para fijar el valor de la utilidad derivada del aprovechamiento especial gravado podría no guardar relación con la intensidad del uso, sino más bien con el beneficio económico obtenido como consecuencia del aprovechamiento, argumento que, sin embargo, no resulta suficiente como para modificar la jurisprudencia contenida en las citadas sentencias. En definitiva, según la Sala, para cuantificar la tasa discutida, cuando las instalaciones de transporte de energía eléctrica, gas, agua e hidrocarburos discurren o se encuentran en suelo rústico, se puede

acudir al valor catastral de tal clase de suelo con construcciones, ponderándolo con el de esas instalaciones. Esta sentencia sigue el criterio de la de 6 de marzo de 2019, recurso número 1086/17, dictada respecto de la Ordenanza del Ayuntamiento de Talarn (Lleida).

***) STS de 9 de julio de 2019 –rec. núm. 5316/2017–.**

STSJ CAT 3958/2017  ATS 1397/2018

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, en interpretación de los artículos 20 TRLHL, 52 LREMB y 24 CE, así como teniendo presente el marco normativo que el Estatuto de Autonomía de Cataluña contempla en materia de empleo, control e inspección de las viviendas, el Ayuntamiento de Barcelona es competente para aprobar disposiciones de carácter general en materia de control e inspección de las viviendas desocupadas y, en particular, si ese servicio de control e inspección de viviendas vacantes es o no un servicio de competencia municipal y, por ende, si puede o no constituir el hecho imponible de la tasa litigiosa.

El Tribunal Supremo, en la sentencia mencionada, concluye que no se pueden compartir las infracciones que se denuncian por parte del Ayuntamiento de Barcelona del artículo 20 del TRLRHL y el artículo 52 de la Ley 1/2006 [LREMB].

En el caso del primer precepto, en primer lugar, porque la actuación del Ayuntamiento de Barcelona que pretende gravarse con la tasa objeto de controversia no resulta encuadrable en ninguno de los servicios o actividades que se incluyen el elenco de su apartado 4, y tampoco es de apreciar esa sustancial semejanza jurídica a que antes se ha hecho referencia; y, en segundo lugar, porque ha de respetarse la decisión interpretativa y aplicativa de la sentencia recurrida sobre que la Ley 18/2007 de Cataluña no otorga competencias al Ayuntamiento de Barcelona para realizar la actividad gravada con las tasas aquí polémicas.

Respecto del segundo precepto [Ley 1/2006] son válidas las anteriores razones, pues para las tasas que puede establecer el Ayuntamiento de Barcelona no se establece una configuración diferente del hecho imponible.

Dicha sentencia sigue el criterio mantenido por la STS de 18 de junio de 2019 –rec. núm. 6435/2017–.

***) STS de 25 de junio de 2019 –rec. núm. 5108/2017–.**

STSLBAL 197/17  ATS 1399/2018

Las cuestiones que, por virtud del ATS de 19 de febrero de 2018, se consideraron como de interés casacional, son aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina

jurisprudencial propia sobre el debate persistente en torno al artículo 2.2.a) de la Ley General Tributaria, en su redacción posterior a la Ley de Economía Sostenible, relativo a la naturaleza jurídica de las cantidades cobradas a los usuarios del servicio de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, cuando es prestado a través de formas indirectas y, en particular, a través de entidades concesionarias.

En su fundamento jurídico noveno se fija como doctrina jurisprudencial la siguiente:

(...) tras la reforma del art. 2.2.a de la LGT, efectuada por la DF 58.^a de la Ley de Economía Sostenible, que suprimió el segundo párrafo de dicho precepto de la LGT, existe una opción discrecional para la Administración entre la configuración de la contraprestación como tasa o como precio y la opción por una modalidad de gestión directa o indirecta, si bien tal opción está limitada y legalmente predeterminada cuando el objeto de la actividad o servicio implica ejercicio de autoridad, supuesto en los que se impone la gestión directa por la propia Administración o mediante un organismo autónomo. En particular así se deduce en el ámbito de la Administración local que ahora nos ocupa, del artículo 85.3 de la LRBRL (“en ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta ni mediante sociedad mercantil de capital social exclusivamente local los servicios que impliquen ejercicio de autoridad”) en cuyo caso las contraprestaciones de los servicios públicos prestados directamente han de tener, necesariamente, la naturaleza de tasa o de precios públicos, en los términos que impone los artículos 24 de la Ley de Tasas y Precios Públicos y 20 y 41 del TRLHL.

Fuera de este supuesto, y en particular cuando se opte, como es en el presente supuesto, por las formas de gestión indirecta del artículo 85.2 B) LRBRL, mediante alguna de las modalidades de contrato administrativo de gestión de servicios públicos del artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011, vigente al tiempo de los actos impugnados –y en los mismos términos en el actual art. 289 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público– la Administración titular del servicio puede optar por retribuir al gestor mediante una tarifa o precio a satisfacer directamente por los usuarios, una retribución de la propia Administración, o una combinación de ambas formas de retribución económica, prestación que tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público, pero no tiene naturaleza tributaria.

3

Sentencias dictadas con relación al impuesto de bienes inmuebles (IBI)

La **STS de 19 de febrero de 2019 –rec. núm. 128/2016–** se refiere a la posibilidad de discutir el valor catastral del inmueble con ocasión de la impugnación de la liquidación del IBI, cuando concurren circunstancias excepcionales.

SJCA 1767/2016  ATS 1451/2017

A efectos catastrales solo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado, así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo (sentencia de 30 de mayo de 2014 –recurso de casación en interés de ley núm. 2362/2013 que se interpuso contra sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 26 de marzo de 2013–). A juicio de la Sala de Extremadura no es “urbano” el resto del suelo urbanizable, por exigir para su desarrollo un plan parcial o un programa de ejecución, y por tanto no puede considerarse sectorizado o delimitado.

El artículo 7.2.b) del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, se modifica por la Ley 13/2015 y queda así redactado: “b) Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística aprobados prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que se incluyan en sectores o ámbitos espaciales delimitados y se hayan establecido para ellos las determinaciones de ordenación detallada o pormenorizada, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable”.

El Tribunal Supremo, en dicha sentencia, alude en el fundamento jurídico sexto a la necesaria resolución del conflicto al objeto de evitar condenar al contribuyente a *un bucle de ribetes kafkianos*, en términos empleados por la sentencia, disponiendo que “Ante estas situaciones excepcionales, para salvar las quiebras que hemos referido, el sistema general que distribuye las competencias entre gestión catastral y gestión tributaria debe reinterpretarse y pulir su rigidez para que en sede de gestión tributaria y en su impugnación judicial quepa entrar a examinar la conformidad jurídica de dicho valor catastral, en su consideración de base imponible del gravamen, en relación con la situación jurídica novedosa que afecta al inmueble al que se refiere la valoración catastral y a esta misma, que no fue impugnada en su momento. Ya en otras ocasiones hemos hecho referencia al principio de buena administración, principio implícito en la

Constitución, arts. 9.3 y 103, proyectado en numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y positivizado, actualmente, en nuestro derecho común, art. 3.1.e) de la Ley 40/2015; principio que impone a la Administración una conducta lo suficientemente diligente como para evitar definitivamente las posibles disfunciones derivadas de su actuación, sin que baste la mera observancia estricta de procedimientos y trámites, sino que, más allá reclama, la plena efectividad de garantías y derechos reconocidos legal y constitucionalmente al contribuyente y mandata a los responsables de gestionar el sistema impositivo, a la propia Administración tributaria, observar el deber de cuidado y la debida diligencia para su efectividad y la de garantizar la protección jurídica que haga inviable el enriquecimiento injusto”.

Por consiguiente, la cuestión que suscita el auto de admisión debe responderse en los siguientes términos: los artículos 65 y 77.1 y 5 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, y el artículo 4 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2004, deben ser interpretados en el sentido de que los mismos no se oponen ni obstan a que, recurriéndose liquidaciones por IBI y para obtener su anulación, en supuestos en los que concurren circunstancias excepcionales sobrevenidas, análogas o similares a las descritas anteriormente (modificación por sentencia firme de la clasificación urbanística del suelo afectado), el sujeto pasivo pueda discutir la valoración catastral del inmueble, base imponible del impuesto, incluso en los casos en los que tal valoración catastral haya ganado firmeza en vía administrativa. Siguen este criterio las sentencias 273/2019, de 4 de marzo (recurso de casación núm. 11/2017), y 443/2019, de 2 de abril (recurso de casación núm. 2154/2017).

Especial relevancia tiene la [STS de 14 de mayo de 2019 –rec. núm. 3457/2017–](#).

SJCA 2849/2017  ATS 12385/2017

La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Albacete estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una liquidación del IBI, que anula y ordena la devolución de los importes abonados indebidamente en concepto de impuesto sobre bienes inmuebles de naturaleza urbana, más sus correspondientes intereses.

El Tribunal Supremo, en la sentencia referida, resuelve la cuestión con relación a una liquidación de IBI respecto de una finca que tiene la clasificación de suelo urbano no consolidado y que no está desarrollada urbanísticamente.

Por ATS de 25 de octubre de 2017 se estima que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, correspondiendo dilucidar si, ante la ausencia de aprobación del instrumento urbanístico, el suelo pasa a tener automáticamente naturaleza rústica en virtud del artículo 7.2.b) del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, obligando al Ayuntamiento a realizar una revisión retroactiva de las liquidaciones ya giradas del impuesto sobre bienes inmuebles, para así devolver las cantidades que fueron indebidamente ingresadas por el contribuyente, que fueron liquidadas por el ente municipal en consonancia con la anterior calificación catastral.

El Tribunal Supremo, en una sentencia interesantísima y clarificadora de los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, parte de lo siguiente, poniendo de manifiesto los antecedentes jurisprudenciales en su fundamento jurídico segundo:

1. La sentencia de 26 de marzo de 2013 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, interpretó, para resolver un supuesto referido a la valoración catastral de un determinado bien, el art. 7.2.b) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, en la redacción anterior a la reforma operada por Ley 13/2015, de 24 de junio, que consideraba suelo de naturaleza urbana, entre otros, los “terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial o urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que estén incluidos en sectores o ámbitos espaciales delimitados, así como los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo”.

Y la sentencia llega a la siguiente conclusión, derivada del tenor del precepto transcrito: “... solo pueden considerarse bienes ‘urbanos’, a efectos catastrales, los inmuebles considerados por el Plan General como urbanizables cuando el desarrollo de su actividad de ejecución no dependa de la previa aprobación del instrumento urbanístico que tiene por finalidad su ordenación detallada. En efecto, si fuera suficiente con la simple inclusión en el perímetro geométrico de sectores de desarrollo en el suelo urbanizable, ex artículo 25 del Reglamento (como propone la resolución impugnada), sería completamente innecesaria la mención a ‘los demás suelos de este tipo a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo’, tal y como previene la normativa catastral, pues todos los inmuebles clasificados de urbanizables serán ‘urbanos’, a efectos catastrales, por la simple consideración de tales en el Plan General, incluso los urbanizables sin condiciones (SUB-SC) que precisan para su

ejecución hasta la propia modificación del Plan General, lo que no tiene sentido alguno”.

2. La sentencia de 30 de mayo de 2014 de este Tribunal Supremo (recurso de casación en interés de la ley núm. 2362/2013) avala la anterior interpretación y, a pesar de su contenido desestimatorio, su tesis ha inspirado de forma directa determinadas modificaciones introducidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario por la Ley 13/2015, de 24 de junio, en cuyo Preámbulo se lee:

“Se recoge el reciente criterio jurisprudencial que considera que los suelos urbanizables sin planeamiento de desarrollo detallado o pormenorizado deben ser clasificados como bienes inmuebles de naturaleza rústica y se aprueban nuevos criterios para su valoración teniendo en cuenta sus circunstancias de localización. Para agilizar y regular el cambio de clasificación de estos suelos urbanizables se adapta el régimen transitorio de la Ley y se modifica el procedimiento simplificado de valoración colectiva, lo que también permitirá en lo sucesivo adaptar con mayor agilidad los criterios de valoración contenidos en las ponencias de valores catastrales a los cambios en las circunstancias urbanísticas de los inmuebles, sin necesidad de aprobar nuevas ponencias”.

Y son proposiciones esenciales de aquella sentencia las siguientes:

a) El legislador estatal, en el artículo 7.2 del TRLCI, ha utilizado una amplia fórmula para recoger todos los supuestos posibles que, con independencia de la concreta terminología urbanística, pueda englobar a esta clase de inmuebles.

b) No cabe sostener que todo el suelo urbanizable sectorizado o delimitado por el planeamiento general tiene per se la consideración catastral de suelo urbano, sin distinguir si se encuentra ordenado o no ordenado.

c) El artículo 7 solo excluye de tal consideración al urbanizable no sectorizado sin instrumento urbanístico aprobado que establezca las determinaciones para su desarrollo, ya que el legislador catastral quiso diferenciar entre suelo de expansión inmediata donde el plan delimita y programa actuaciones sin necesidad de posteriores trámites de ordenación, de aquel otro que, aunque sectorizado, carece de tal programación y cuyo desarrollo urbanístico queda pospuesto para el futuro, por lo que, a efectos catastrales, solo pueden considerarse suelos de naturaleza urbana el suelo urbanizable sectorizado ordenado, así como el suelo sectorizado no ordenado a partir del momento de aprobación del instrumento urbanístico que establezca las determinaciones para su desarrollo, teniendo el suelo, antes de ese momento, el carácter de rústico.

3. Como consecuencia de tal pronunciamiento, el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario fue modificado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de forma que el artículo 7.2.b) dispone ahora que tendrán la consideración de bienes inmuebles urbanos: “Los terrenos que tengan la consideración de urbanizables o aquellos para los que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística aprobados prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado, siempre que se incluyan en sectores o ámbitos espaciales delimitados y se hayan establecido para ellos las determinaciones de ordenación detallada o pormenorizada, de acuerdo con la legislación urbanística aplicable”.

En la Ley que da nueva redacción a dicho precepto se modifica también la disposición transitoria séptima de la Ley del Catastro que, al objeto de determinar cómo ha de aplicarse el nuevo artículo 7.2.b), dispone literalmente lo siguiente: “El cambio de naturaleza de los bienes inmuebles urbanos cuya clasificación no se corresponda con la letra b) del apartado 2 del artículo 7 en la redacción dada al mismo por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, será de aplicación a partir del primer procedimiento simplificado de valoración colectiva que se inicie con posterioridad a su entrada en vigor. A tales efectos los ayuntamientos deberán suministrar a la Dirección General del Catastro información sobre los suelos que se encuentren afectados. Dicho procedimiento se ajustará a lo dispuesto en la letra g) del apartado 2 del artículo 30, con excepción de su efectividad, que tendrá lugar el 1 de enero del año en que se inicie dicho procedimiento.

Los inmuebles rústicos que a la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, se encuentren en la situación prevista en el apartado 2 de la disposición transitoria segunda, se podrán valorar de acuerdo con los criterios contenidos en dicho apartado a través del procedimiento simplificado de valoración colectiva previsto en la letra h) del apartado 2 del artículo 30, con excepción de su efectividad, que tendrá lugar el 1 de enero del año en que se inicie dicho procedimiento”.

En el siguiente fundamento jurídico, tras hacer referencia obligada a las sentencias núms. 196/2019, de 19 de febrero, 273/2019, y 443/2019, de 2 de abril, se refiere que, en los asuntos resueltos en las tres sentencias que acaba-

mos de mencionar, los contribuyentes habían impugnado en plazo las liquidaciones tributarias giradas por el Ayuntamiento de Badajoz en concepto de IBI, por la razón esencial de que en esas mismas liquidaciones se valoraban los inmuebles afectados como urbanos –a tenor de su clasificación catastral– cuando, en realidad, no tenían esa naturaleza, mientras que en el caso resuelto por la sentencia que analizamos se pretende la nulidad de pleno derecho de cuatro liquidaciones tributarias firmes.

En el fundamento de derecho quinto se recoge la doctrina jurisprudencial con relación a la revisión de los actos tributarios firmes y las potestades del órgano judicial para acordarla, y se recuerda lo siguiente:

1. En relación con la revisión de los actos tributarios firmes y las potestades del órgano judicial para acordarla, hemos sentado una doctrina reiterada que puede resumirse en los siguientes términos:

a) El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados en el apartado 1 del artículo 217 LGT), expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico (sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2018, dictada en el recurso de casación núm. 122/2016).

b) Tal procedimiento sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando esta es vulnerada de manera radical, lo que obliga a analizar la concurrencia de aquellos motivos tasados “con talante restrictivo” (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, dictada en el recurso de casación núm. 6165/2011).

c) La acción de nulidad no está concebida para canalizar cualquier infracción del ordenamiento jurídico que pueda imputarse a un acto tributario firme, sino solo aquellas que constituyan un supuesto tasado de nulidad plena, previsto en el artículo 217 de la Ley General Tributaria, de manera que –dada la previa inacción del interesado, que no utilizó en su momento el cauce adecuado para atacar aquel acto con cuantos motivos de invalidez hubiera tenido por conveniente– “la revisión de oficio no es remedio para pretender la invalidez de actos anulables, sino solo para revisar actos nulos de pleno derecho” (sentencia de 14 de abril de 2010, dictada en el recurso de casación núm. 3533/2007).

El fundamento jurídico sexto de la sentencia dispone lo siguiente:

(...) el contenido interpretativo de esta sentencia, reformulando las cuestiones que el auto de admisión nos plantea, es el siguiente:

a) En el ámbito del impuesto sobre bienes inmuebles, la revisión de liquidaciones firmes como consecuencia de la necesidad de que el sue-

lo, para ser urbano, cuente con desarrollo urbanístico establecido por instrumento urbanístico apto (exigencia derivada de la jurisprudencia posterior a esas liquidaciones y de la modificación legal efectuada en su aplicación) debe efectuarse por los cauces establecidos en el Capítulo II del Título V de la Ley General Tributaria.

b) La circunstancia sobrevenida expuesta (derivada, insistimos, de la nueva jurisprudencia y de la reforma legal) no determina que las liquidaciones firmes de IBI giradas con anterioridad incurran en los supuestos de nulidad de pleno derecho previstos en el artículo 217.1.a) y 217.1.e) de la Ley General Tributaria, pues aquellos actos tributarios –al atenderse a la valoración catastral vigente– no han lesionado derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional, ni han prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente previsto.

2. No es posible, en el presente recurso, contestar a la cuestión que nos suscita el auto de admisión (determinar si el Ayuntamiento está obligado –como consecuencia de la ausencia de aprobación del instrumento urbanístico– a realizar una revisión retroactiva de las liquidaciones ya giradas del impuesto sobre bienes inmuebles para así devolver las cantidades ingresadas por el contribuyente en consonancia con la anterior calificación catastral). Y ello por las siguientes razones:

2.1. La primera y fundamental, porque la única pretensión ejercitada por el contribuyente se amparó en el artículo 217.1 de la Ley General Tributaria, esto es, interesó la declaración de nulidad de pleno derecho de las liquidaciones de IBI firmes por entender que concurrían dos supuestos de los recogidos en aquel precepto.

2.2. La segunda razón deriva de la anterior: cualquier consideración ajena a esa pretensión (como lo sería la de determinar si existe una obligación del Ayuntamiento de revisar retroactivamente sus liquidaciones firmes al constatarse el carácter rústico de los terrenos) resultaría completamente irrelevante para resolver el litigio, alteraría el debate procesal (que debe descansar ineluctablemente en la pretensión ejercitada) e incorporaría al litigio, indebidamente, aspectos que se desviarían del verdadero objeto del proceso.

2.3. Por más que el nuevo régimen del recurso de casación obligue a la Sala sentenciadora de este Tribunal Supremo a fijar la interpretación de las normas aplicables (artículo 93.1 de la Ley de esta Jurisdicción), esa labor hermenéutica no puede prescindir en modo alguno del objeto del litigio en los términos que derivan de la actuación administrativa recurrida y de las pretensiones ejercitadas por las partes.

2.4. Dar respuesta a esa pregunta, en fin, exigiría sentar doctrina sobre el alcance de otros eventuales procedimientos de revisión, previstos en la ley pero distintos del utilizado por el contribuyente para obtener la anulación de las liquidaciones firmes de IBI y la consiguiente devolución de ingresos indebidos. Y una interpretación de esa naturaleza solo es posible, insistimos, si la misma es necesaria o relevante para resolver el proceso y, además, si ha habido debate suficiente sobre la misma, lo que en el presente asunto –precisamente por ser innecesario para resolver– no ha tenido lugar.

3. Y la lógica consecuencia de lo expuesto no puede ser otra que la del acogimiento del recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Albacete, con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida y la declaración de ser conformes a derecho –por no concurrir los motivos de nulidad aducidos– los actos recurridos en la instancia.

Es así porque, sin concurrir los motivos de nulidad radical alegados por el contribuyente, y en los que sustentaba la pretensión ejercitada, no es posible anular las liquidaciones firmes giradas a dicho interesado y ordenar la devolución de ingresos indebidos.

Y ello, incluso en el caso –como el que aquí acontece– de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo haya estimado el recurso declarando la nulidad de las liquidaciones firmes sin analizar siquiera la concurrencia en el caso de alguno de los supuestos previstos en el artículo 217.1 de la Ley General Tributaria, razón de más para revocar su sentencia en los términos expuestos.

4

Sentencias con relación al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IIVTNU)

Cuando se aborda el tema de la plusvalía municipal muchos lo han calificado como *la historia interminable*, recordando la famosa novela de Michael Ende.

El comienzo de la historia, como de todos es sabido, se sitúa con la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) de 16 de febrero de 2017 (STC 26/2017) que estimó parcialmente la cuestión prejudicial planteada en relación con la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, de Guipúzcoa, reguladora del referido impuesto. El 11 de mayo de 2017, el Tribunal Constitucional dictó la conocida sentencia 59/2017 al resolver la cuestión de inconstitucionalidad núm. 4864-2016, promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Jerez de la Frontera, y declaró inconstitucionales y nulos los artículos 107.1, 107.2.a)

y 110.4 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, pero “únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor”. Dicho pronunciamiento dio lugar a muy dispares interpretaciones de los distintos tribunales superiores de justicia, cuyo colofón lo puso la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de julio de 2018, interpretativa de la STC 59/2017. Dicha sentencia interpretó el alcance de la sentencia del Tribunal Constitucional, optando por la teoría posibilista (la más favorable para la Administración), y concluyendo que “se puede liquidar el impuesto en los casos en los que no se acredite por el obligado tributario la inexistencia de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana”.

Dicha sentencia del Tribunal Supremo, cuya fundamentación ha sido seguida en posteriores de 18 de julio, 8 de noviembre y 3 de diciembre de 2018, establece como pronunciamientos relevantes los siguientes:

- a. Los artículos 107.1 y 107.2.a) del TRLRHL, a tenor de la interpretación 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 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.
- b. El artículo 110.4 del TRLRHL, 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 “impide 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.
- c. Corresponde al obligado tributario probar la inexistencia de incremento de valor del terreno onerosamente transmitido. Y este extre-

mo, no solo se infiere con carácter general del artículo 105.1 LGT, conforme al cual “quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo”, sino que también, y en el ámbito concreto que nos ocupa, ha sido puesto de relieve por el Pleno del Tribunal Constitucional en el FJ 5 b) de la STC 59/2017, y admitido, incluso, por la Sección Primera de esta Sala en el Auto de admisión de 30 de octubre de 2017 (RCA 2672/2017).

- d. Para acreditar que no ha existido la plusvalía gravada por el IIVTNU podrá el sujeto pasivo: (a) ofrecer cualquier principio de prueba, que al menos indiciariamente permita apreciarla, como es la diferencia entre el valor de adquisición y el de transmisión que se refleja en las correspondientes escrituras públicas [cuyo valor probatorio sería equivalente al que atribuimos a la autoliquidación del impuesto sobre transmisiones patrimoniales en los fundamentos de derecho 3 y 4 de nuestras sentencias de 23 de mayo de 2018 (RRCA núms. 1880/2017 y 4202/2017), de 5 de junio de 2018 (RRCA núms. 1881/2017 y 2867/2017) y de 13 de junio de 2018 (RCA núm. 2232/2017)]; (b) optar por una prueba pericial que confirme tales indicios; o, en fin, (c) emplear cualquier otro medio probatorio ex artículo 106.1 LGT que ponga de manifiesto el decremento de valor del terreno transmitido y la consiguiente improcedencia de girar liquidación por el IIVTNU.
- e. Aportada por el obligado tributario la prueba de que el terreno no ha aumentado de valor, deberá ser la Administración la que pruebe en contra de dichas pretensiones para poder aplicar los preceptos del TRLRHL que el fallo de la STC 59/2017 ha dejado en vigor en caso de plusvalía.
- f. Contra el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Administración en el seno del procedimiento tributario correspondiente, el obligado tributario dispondrá de los medios de defensa que se le reconocen en vía administrativa y, posteriormente, en sede judicial. En la vía contencioso-administrativa la prueba de la inexistencia de plusvalía real será apreciada por los tribunales de acuerdo con lo establecido en los artículos 60 y 61 LJCA, y en último término, tal y como dispone el artículo 60.4 LJCA, de conformidad con las normas del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En su fundamento jurídico, la citada sentencia de 9 de julio de 2018 advirtió que “esta Sala es consciente de que pudieran darse casos en los que la plusvalía realmente obtenida por el obligado tributario fuera tan escasa que

la aplicación de los artículos 107.1 y 107.2 a) del TRLHL pudiera suscitar dudas desde la perspectiva del artículo 31.1 CE. La cuestión, sin embargo, no se nos ha planteado aún y tampoco ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional en la STC 59/2017”.

Se recogió por parte del Alto Tribunal que corresponde, ciertamente, al legislador llevar a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes en el régimen legal del IIVTNU para dar cumplimiento a las exigencias que derivan del artículo 31.1 CE y, señaladamente, del principio de capacidad económica.

Al no haberse producido cambio normativo alguno, está siendo el poder judicial quien, a través de diversas sentencias, está “legislando” el impuesto sobre la plusvalía.

En la **STS de 19 de febrero de 2019 –rec. núm. 231/2018–** el Alto Tribunal concluye, después de recoger lo señalado en la sentencia de 9 de julio de 2018, que resulta determinante la acreditación por el actor de que se ha producido una minusvalía patrimonial inexpresiva de capacidad económica alguna, pues, como se indica en el fundamento de derecho segundo de la citada sentencia, refiriendo el examen de las escrituras públicas de compra-venta del inmueble, se desprende que el inmueble se adquirió por 768 000 euros en 2006 y se transmitió el 3 de julio de 2013 por 499 000 euros, sin que el Ayuntamiento de Madrid haya discutido debidamente tales extremos. Procede, en consecuencia, anular los actos administrativos impugnados, con declaración del derecho del actor a la devolución del importe abonado por las autoliquidaciones anuladas, con sus intereses legales, en cuanto ingreso tributario indebido.

En conclusión, conforme a la interpretación jurisprudencial de los correspondientes artículos del TRLHL, el sujeto pasivo del IIVTNU podrá adoptar cualquier principio de prueba contemplado en la Ley General Tributaria para acreditar la minusvalía o el decremento de valor del terreno transmitido, y la consiguiente improcedencia de girar la liquidación por dicho concepto.

La **STS de 5 de marzo de 2019 –rec. núm. 2672/2017–** estima el recurso de casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que revocó la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo al considerar que la recurrente no acreditó, mediante una prueba pericial adecuada, que los precios de compra y venta reflejaban el valor real del terreno en la fecha de las transmisiones, y ello pese a que no pone en duda que la recurrente haya tenido pérdidas patrimoniales derivadas de la compraventa del terreno. Aunque no lo explicita, queda claro en la sentencia que no se consideran como medios válidos para acreditar la inexistencia de incremento

del valor del terreno, ni siquiera como prueba indiciaria, las escrituras de compra y venta del mismo.

La sentencia del Tribunal Supremo contiene una remisión íntegra a los razonamientos expresados en la sentencia núm. 1163/2018, de 9 de julio, que resuelve el recurso de casación núm. 6226/2017.

A través de la **STS de 12 de marzo de 2019 –rec. núm. 3107/2017–**, se fija como doctrina de interés casacional objetivo la siguiente: para calcular la existencia de un incremento o de una disminución del valor de los terrenos en el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, a los efectos del artículo 104.1 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, los gastos de urbanización soportados con posterioridad a la adquisición del terreno cuya posterior enajenación determina el hecho imponible, no deben considerarse como un mayor precio de adquisición, puesto que se integran en el valor de los terrenos, como elemento del incremento de valor que se refleja en el precio de transmisión. A tenor de esta doctrina, se desestima el recurso de casación y se rechazan las pretensiones de la parte recurrente, al no haber esta demostrado la inexistencia de incremento de valor de los terrenos enajenados.

La referida sentencia aborda dicha cuestión y señala, en su fundamento de derecho séptimo, lo siguiente:

Los gastos de urbanización asumidos por el sujeto pasivo del IIVTNU con posterioridad a su adquisición, como consecuencia de su participación y cumplimiento de los deberes que le corresponden en el desarrollo del proceso urbanizador de un terreno, no constituyen el precio de adquisición de los terrenos. Desde el punto de vista temporal, hay que notar que son costes que, al menos en el caso sometido al litigio, se producen en un momento posterior al de la adquisición y, por consiguiente, con posterioridad al momento inicial que determina el inicio del periodo de generación del incremento de valor gravado por el impuesto que, como se ha dicho, grava la capacidad económica puesta de manifiesto entre dos momentos temporales, el de adquisición y el de enajenación, computados por años y con un máximo de 20 años. Los costes de urbanización no integran el precio o valor de adquisición porque se producen en un momento posterior al de la adquisición, y por ello no forman parte del precio o coste de adquisición fijado temporalmente al inicio del periodo de generación de la riqueza potencial gravada. El IIVTNU es un impuesto directo, de naturaleza real, que grava, no el beneficio económico de una determinada actividad empresarial o económica, ni el incremento de patrimonio puesto de manifiesto con motivo de la transmisión de un elemento patrimonial

integrado por suelo de naturaleza urbana, sino la renta potencial puesta de manifiesto en el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana puesto de manifiesto durante el periodo de permanencia del bien en el patrimonio del transmitente, con un máximo de 20 años.

Ciertamente, cabe acreditar por cualquier medio de prueba admitido en derecho que dicha situación de riqueza potencial es inexistente, pero ello habrá de ser en el marco de los hechos de los actos de relevancia jurídica que enmarcan temporalmente el periodo de generación de esa riqueza potencial, esto es, adquisición y enajenación, y no por gastos, costes, inversiones o mejoras producidas sobre el bien en momentos diferentes. Por ello, las referencias interpretativas a las normas que regulan el tratamiento de los incrementos de patrimonio en la legislación del impuesto sobre la renta de las personas físicas, o el beneficio económico de determinada actividad en el impuesto de sociedades, resultan por completo ajenos a la manifestación de capacidad económica que resulta gravada en el IIVTNU.

Por otra parte, por medio de la **STS de 27 de marzo de 2019 –rec. núm. 4924/17–** se avala la forma de cálculo del impuesto. Esto es, si existe un incremento de valor entre la adquisición y la transmisión, el importe a ingresar será calculado de conformidad con la fórmula prevista en el artículo 107 de la Ley de Haciendas Locales. Se dispone que la interpretación conjunta de los artículos 104.1 y 107, apartados 1, 2 y 4, del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, permite concluir que el importe de la base imponible del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana ha de ser el resultado de multiplicar el valor del terreno en el momento del devengo por el número de años de generación del incremento y por el porcentaje anual que corresponda.

La **STS de 11 de octubre de 2019 –rec. núm. 6008/2018–**, tras recordar los criterios interpretativos de la sentencia número 1163/2018, de 9 de julio, que resuelve el recurso de casación número 6226/2017, estima que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 7 de Madrid decide el recurso únicamente a partir de una interpretación maximalista de las sentencias del Tribunal Constitucional y ordena la retroacción de actuaciones, ante la circunstancia de que pese a que el motivo esgrimido en la instancia fue el decremento de valor del inmueble, puesto de manifiesto con ocasión de la transmisión de los terrenos, la sentencia del Juzgado aplica la denominada “tesis maximalista” y omite cualquier valoración al respecto, pese a la existencia de elementos que permitían forjar una apreciación en uno u otro sentido.

El Tribunal Supremo, a los efectos de mantener indemne la tutela judicial efectiva de las partes, acuerda la retroacción de las actuaciones con la finalidad

de que el juzgado de instancia dicte nueva sentencia valorando los elementos concurrentes en la transmisión del inmueble, a los efectos de determinar si se ha producido o no una minusvaloración de su valor, y advierte que las alegaciones de las partes sobre la firmeza de las liquidaciones trascienden el interés casacional que ha justificado la admisión del recurso, por lo que será el juzgado de instancia el que, al dictar nueva sentencia, analice, en su caso, la argumentación del Ayuntamiento respecto del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, con relación al art. 221 LGT.

a) Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid de 08/02/2019

Mediante auto de 8 de febrero de 2019, el Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 32 de Madrid promovió la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020-2019, respecto de los artículos 107 y 108 del TRLRHL, por posible vulneración del art. 31.1 CE.

El planteamiento de la cuestión por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid viene motivado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra la liquidación del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, por un importe de 3560,02 €, con motivo de la transmisión de la propiedad de un terreno de naturaleza urbana, mediante escritura pública de compraventa de 15 de febrero de 2017.

La adquisición original del inmueble se produjo en virtud de escritura pública de compraventa de fecha 30 de enero de 2003, en la que se consignó como precio de la operación la cantidad de 66 111,33 €, siendo el precio de la ulterior transmisión de 2017 la cantidad de 70 355 €. Por tanto, la diferencia entre el precio de venta y el de compra ascendía a la cantidad de 4243,67 €.

La liquidación, por importe de 3560,02 euros, implicaría abonar el 83,89 % de la diferencia entre el precio de compra y el de venta (sin tener en cuenta otros gastos ocasionados por razón de la venta, así como la actualización de las cantidades por el impacto de la inflación). Descontando los gastos ocasionados por la operación (impuestos, gastos de cancelación de la hipoteca, gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad, gastos para la obtención del certificado de eficiencia energética, entre otros), el beneficio neto obtenido por el sujeto pasivo ascendería a 3473,90 €, cantidad que resulta inferior a lo abonado en concepto del IIVTNU (3560,02 €), amén de la obligatoriedad de satisfacer otros tributos por el hecho de la transmisión, como es el caso del IRPF.

El auto, basándose en la doctrina del Tribunal Constitucional, considera que el supuesto de autos puede estar vulnerando los principios constitucionalmente protegidos de:

- i. Capacidad económica, por cuanto se debería modular la carga tributaria, ya que “cuota a abonar es la misma tanto si se ha obtenido un incremento del 1 por ciento como si se ha obtenido un 50 por ciento”.
- ii. Progresividad del sistema tributario, puesto que, como criterio complementario al principio de capacidad económica, “el sistema tributario debe afectar progresivamente más a los titulares un mayor poder de disposición sobre bienes y derechos”.
- iii. Interdicción de la confiscatoriedad, al considerar que “se daría en el caso de que cuota que se tiene que pagar por el impuesto es superior al rendimiento que se obtiene”.

El órgano judicial considera que si existiendo un incremento de valor real por la transmisión del terreno, la cuota a pagar es superior al mismo, se habría producido una “expropiación *de facto*”, lo que podría tener carácter confiscatorio.

El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 26 de marzo de 2019, acordó admitir a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 1020-2019 planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, cuestión que ha sido estimada por unanimidad en su sentencia del pasado 31 de octubre. Se enfrenta, por tanto, a una situación en la que existe plusvalía, pero queda absorbida por la cuota del impuesto.

b)1. Sentencia del Tribunal Constitucional 107/2019, de 30 de septiembre

Estima el amparo interpuesto por la entidad recurrente y acuerda:

1.º) Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por no valorarse las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica (art. 24.1 CE).

2.º) Restablecerlo en la integridad de su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid, de 8 de febrero de 2017, y de la sentencia de 25 de noviembre de 2016, del mismo órgano, dictados en el procedimiento abreviado núm. 334-2015.

3.º) Retrotraer las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al de dictarse la sentencia de 25 de noviembre de 2016, para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 33 de Madrid dicte otra resolución que reconozca el contenido del derecho fundamental vulnerado.

Señala el Tribunal Constitucional que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad sobre un recurso de amparo en el que se imputa la lesión de un derecho fundamental a un acto o una resolución administrativa

que aplicó la norma luego declarada inconstitucional varían en función del motivo por el que se declaró tal inconstitucionalidad. Si su fundamento radicó en la vulneración de un precepto de la Constitución susceptible de amparo, entonces la declaración de inconstitucionalidad tendrá consecuencias en el recurso pendiente de sentencia, pero no será así si el fundamento era la vulneración de otro precepto constitucional, extramuros del amparo, pues de otra manera se podría cometer “un evidente exceso en el ejercicio de la jurisdicción de este Tribunal por el cauce del proceso de amparo, dado que se halla claramente delimitada en cuanto a los derechos y libertades susceptibles de tutela en dicho proceso constitucional por lo dispuesto en los arts. 161.1 b) y 53.2 CE y el art. 41.1 de nuestra Ley Orgánica” (STC 159/1997, FJ 6).

Lo anterior impide trasladar los efectos de nuestra declaración de inconstitucionalidad parcial de las reglas del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana contenidas en 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 (LHL), por la STC 59/2017, de 11 de mayo, pues la misma se fundamentó en la vulneración del principio de capacidad económica (art. 31.1 CE), esto es, de un precepto constitucional que no recoge derechos o libertades susceptibles de amparo constitucional, de conformidad con los artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC.

Con relación a la falta de valoración de las escrituras de compraventa, como ha quedado constatado, con la demanda se adjuntaron las escrituras de compra y venta, que ponen de manifiesto la minusvalía sufrida en la transmisión del inmueble, prueba documental que fue admitida en la vista. Es cierto, como señala el fiscal, que con anterioridad a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 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, por la STC 59/2017, de 11 de mayo, no cabía la prueba de una minusvalía, por impedirlo expresamente el citado precepto. Es entonces, a partir de esa declaración de inconstitucionalidad, cuando los obligados tributarios pueden acreditar un resultado diferente (una minusvalía) al derivado de la aplicación de las reglas de valoración que contiene la norma legal (una plusvalía) y, por tanto, una situación inexpresiva de capacidad económica no susceptible de imposición [STC 59/2017, FJ 5 b)]. Ahora bien, lo relevante en este caso es que, en el momento de dictarse la sentencia controvertida, el órgano judicial ya consideraba que podía probarse tal minusvalía, por lo que, según su propio criterio, la prueba solicitada era relevante y pertinente.

La vulneración del artículo 24.1 CE se sustenta en la falta de valoración de las escrituras de compraventa, cuya veracidad no fue tampoco contestada por el Ayuntamiento, por lo que su valoración por el órgano judicial resultaba en este caso insoslayable. Por último, el razonamiento contenido en la sentencia, con remisión a otra del Juzgado núm. 22 de Madrid, de 9 de febrero de 2015 (dictada en el procedimiento ordinario 233-2014), no enerva la anterior conclusión, pues precisamente la sentencia que se cita abordaba un supuesto en el cual ni siquiera había sido solicitado el recibimiento a prueba, sino que el demandante se había limitado a realizar alegaciones generales sobre la evolución del mercado inmobiliario. Por tanto, el argumento exteriorizado en la sentencia recurrida para justificar la insuficiencia probatoria resulta irrazonable, al contenerse una remisión a un supuesto sustancialmente distinto. La revisión que se lleva a cabo en el auto que desestima el incidente de nulidad de actuaciones, en fin, no remedia la anterior lesión.

Por los razonamientos expuestos, debe estimarse el presente recurso de amparo, declarando vulnerado el derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por no valorarse la prueba documental citada (escrituras de compra y de posterior venta del inmueble) conforme a las reglas de la sana crítica. La estimación del recurso y el otorgamiento del amparo por la mencionada vulneración conducen a anular las resoluciones recurridas y a retrotraer las actuaciones, a fin de que sean los órganos de la jurisdicción ordinaria quienes se pronuncien, de forma respetuosa con el derecho fundamental.

b)2. Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional número 126 de 31 de octubre de 2019

• Antecedentes de hecho

- I. Doña Rocío Patricia del Campo Sicre adquirió una vivienda en el término municipal de Majadahonda el día 30 de enero de 2003 por importe de 66 111,33 €, que luego transmitió con fecha de 15 de febrero de 2017 por importe de 70 355,00 €, obteniendo una ganancia patrimonial bruta de 4243,67 €. No obstante, una vez descontados los gastos y tributos soportados tanto en el momento de la adquisición como en el de la transmisión (de 769,77 €), la ganancia real neta fue de 3473,90 €.
- II. Con fecha de 28 de febrero de 2017 presentó ante el Ayuntamiento de Majadahonda la correspondiente declaración por el impuesto sobre el valor de los terrenos de naturaleza urbana, quien con fecha de 2 de mayo de 2017 procedió a practicarle una liquidación (expediente núm. 0001133449; liquidación núm. 001264-2017) sobre

una base imponible (incremento del valor) de 17 800,12 € (aplicando un porcentaje de incremento del 44,80 por ciento sobre el valor catastral del suelo de 39 732,41 €, a razón de un 3,2 por ciento de incremento por cada uno de los 14 años de permanencia), con una cuota tributaria resultante de 3560,02 € (al 20 por ciento).

- III. Dado que la cuota tributaria liquidada era superior al importe de la ganancia patrimonial neta obtenida, con fecha de 20 de diciembre de 2017 la Sra. Del Campo interpuso un recurso de reposición solicitando la anulación de la liquidación con devolución de la cantidad ingresada, con fundamento en la sentencia 519/2017, de 20 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que, tras la STC 59/2017 (que declaró la inconstitucionalidad de los arts. 107.2 y 110.4 TRLHL), consideró que, una vez expulsados del ordenamiento *ex origine* tales preceptos, no era posible girar liquidación alguna por el impuesto citado.
- IV. Transcurrido el plazo legal sin haberse resuelto expresamente el recurso promovido contra la anterior liquidación, la Sra. Del Campo procedió a interponer, con fecha de 18 de julio de 2018, un recurso contencioso-administrativo cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid (procedimiento abreviado núm. 336-2018).

• Duda planteada

Los artículos 107 y 108 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en lo sucesivo, TRLHL), podrían ser contrarios a los principios de capacidad económica y de progresividad, así como a la prohibición de confiscatoriedad (art. 31.1 CE). Ello por el sometimiento a tributación de capacidades económicas irreales por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, incluso llegando a agotar la riqueza imponible, lo que podría tener un carácter confiscatorio (porque, si bien el incremento real obtenido por la diferencia entre el precio de adquisición y el de transmisión del inmueble fue de 3473,90 €, el incremento de valor derivado de aplicar la regla de cálculo prevista en la normativa del impuesto fue de 17 800,12 €, con una cuota tributaria a pagar de 3560,02 €, superior a aquel incremento).

• El gravamen de capacidades económicas parcialmente inexistentes

La situación que ahora se somete al conocimiento de este Tribunal no es la del gravamen de una situación de no incremento en el valor de un terreno de naturaleza urbana, ni tampoco la de decremento. Concretamente, en el su-

puesto de hecho que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, frente a una ganancia patrimonial realmente generada de 3473,90 €, el incremento de valor derivado de la aplicación de la regla del cálculo establecida en el artículo 107.4 TRLHL ascendió a 17 800,12 € (aplicando un porcentaje de incremento del 44,8 por ciento sobre el valor catastral del suelo de 39 732,41 €, a razón de un 3,2 por ciento de incremento por cada uno de los 14 años de permanencia para el sujeto pasivo, según lo establecido en la Ordenanza fiscal núm. 4 del Ayuntamiento de Majadahonda, en la redacción vigente en el momento de la transmisión). Y al aplicar el tipo de gravamen previsto en el artículo 108.1 TRLHL (del 20 por ciento, de conformidad con la misma Ordenanza fiscal núm. 4 del Ayuntamiento de Majadahonda), resultó una cuota tributaria de 3560,02 €.

Según lo expuesto, es un hecho incontrovertible que, en el concreto asunto que ha dado lugar al planteamiento de la presente cuestión de inconstitucionalidad, al aplicarse el tipo de gravamen establecido en el artículo 108.1 TRLHL a la base imponible calculada conforme a lo prevenido en el artículo 107.4 TRLHL, la cuota tributaria derivada superó el 100 por 100 de la riqueza efectivamente generada; con ello se está exigiendo al sujeto pasivo que cumpla con su deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante la imposición de una carga “excesiva” o “exagerada” [en la terminología del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en sentencias de 3 de julio de 2003, asunto *Buffalo Srl c. Italia*; de 9 de marzo de 2006, asunto *Eko-Elda AVEE c. Grecia*; de 14 de mayo de 2013, asunto *N.K.M. c. Hungría*, y de 2 de julio de 2013, asunto *R.Sz. c. Hungría*), del Tribunal Constitucional alemán (por ejemplo, en las sentencias de 17 de enero de 1957; de 22 de junio de 1995, y de 18 de enero de 2006); o del Consejo Constitucional francés (por ejemplo, en las decisiones 2005-530, de 29 de diciembre; 2012-662, de 29 de diciembre, y 2013-684, de 29 de diciembre)].

Pues bien, es importante no olvidar, como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, que “una cosa es gravar una renta potencial (el incremento de valor que presumiblemente se produce con el paso del tiempo en todo terreno de naturaleza urbana) y otra muy distinta es someter a tributación una renta irreal, diferencia esta que es importante subrayar porque, si así fuese, es evidente que el precepto cuestionado sería contrario al principio constitucional de capacidad económica, dado que –como hemos venido señalando– dicho principio quiebra en aquellos supuestos en los que la capacidad económica gravada por el tributo sea no ya potencial sino inexistente o ficticia” (SSTC 26/2017, FJ 3; 59/2017, FJ 3, y 72/2017, FJ 3). Y también es necesario no descuidar que todo tributo que someta a gravamen una riqueza inexistente en contra del principio de capacidad económica, o que agote la riqueza imponi-

ble so pretexto del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, estaría incurriendo, además, “en un resultado obviamente confiscatorio” (STC 26/2017, de 16 de febrero, FJ 2, y ATC 69/2018, de 20 de junio, FJ 3).

Por consiguiente, en aquellos supuestos en los que de la aplicación de la regla de cálculo prevista en el artículo 107.4 TRLHL (porcentaje anual aplicable al valor catastral del terreno en el momento del devengo) se derive un incremento de valor superior al efectivamente obtenido por el sujeto pasivo, la cuota tributaria resultante, en la parte que excede del beneficio realmente obtenido, se corresponde con el gravamen ilícito de una renta inexistente en contra del principio de capacidad económica y de la prohibición de confiscatoriedad que deben operar en todo caso, respectivamente, como instrumento legitimador del gravamen y como límite del mismo (art. 31.1 CE).

• Declaración de inconstitucionalidad y alcance

Debe estimarse la presente cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 32 de Madrid, y, en consecuencia, declararse que el artículo 107.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, es inconstitucional por vulnerar el principio de capacidad económica y la prohibición de confiscatoriedad, uno y otra consagrados en el artículo 31.1 CE, en aquellos supuestos en los que la cuota a pagar es superior al incremento patrimonial obtenido por el contribuyente.

En cuanto al alcance de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional realiza una declaración de inconstitucionalidad parcial del artículo 107.4 del TRLRHL en los siguientes términos: “En coherencia con la declaración parcial de inconstitucionalidad que hizo la STC 59/2017, el art. 107.4 TRLRHL debe serlo únicamente en aquellos casos en los que la cuota a satisfacer es superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente. Eso sí, la inconstitucionalidad así apreciada no puede extenderse, sin embargo, como pretende el órgano judicial, al art. 108.1 TRLRHL (tipo de gravamen), pues el vicio declarado se halla exclusivamente en la forma de determinar la base imponible y no en la de calcular la cuota tributaria”.

En cuanto al alcance del fallo, el Tribunal Constitucional aclara, en aplicación del principio de seguridad jurídica, que únicamente tendrá efectos prospectivos de modo que solo “han de considerarse situaciones susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta Sentencia aquellas que, a la fecha de la publicación de la misma, no hayan adquirido firmeza por haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía en ellas una resolución administrativa o judicial firme”.

- Necesaria intervención del legislador

Finalmente, el Tribunal dirige un mensaje claro y contundente al legislador estatal, recordándole no solo sus competencias legislativas para acomodar la normativa a las exigencias constitucionales, sino también que han transcurrido más de dos años desde la publicación de la sentencia 59/2017 por la que se declaró la inconstitucionalidad parcial de determinados preceptos del TRLRHL.

A tal efecto, el Tribunal Constitucional concluye:

“Solo al legislador le es dado, entonces, regular esa contribución y la forma de adecuarla a la capacidad económica de cada cual, dado que a fecha de hoy han transcurrido más de dos años desde la publicación de la STC 59/2017, de 11 de mayo (en el BOE núm. 142, de 15 de junio), sin que haya acomodado el impuesto a las exigencias constitucionales. Es importante subrayar que el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige no solo la claridad y certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable, sino también la legítima confianza y la previsibilidad en sus efectos, entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano de cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho (STC 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5)”.

c) Auto del Tribunal Supremo de 1/7/2019 –recurso 981-2019–

El asunto que da lugar a la nueva cuestión procede de la transmisión de una vivienda, en la que se pone de manifiesto una ganancia real de apenas cuatro mil euros y, derivado de la misma, se exige el pago de una cuota de plusvalía municipal de casi siete mil euros. El asunto no es del todo idéntico al planteado por el Juzgado de Madrid, pero es parejo en su dimensión jurídico-constitucional.

El citado auto resulta de gran interés, no solo en atención a las consideraciones del Tribunal Supremo sobre las dudas de constitucionalidad que plantea el impuesto, sino también por las implicaciones que puede tener para el devenir de muchos asuntos y del propio tributo –que, desde mayo de 2017, sigue a la espera de que sea reformado por el legislador para adecuarlo al mandato del Tribunal Constitucional–.

El Tribunal Supremo acuerda plantear al Tribunal Constitucional cuestión de inconstitucionalidad respecto de los artículos 107.1, 107.2.a) y 107.4 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE de 9 de marzo de 2004), habida cuenta de su eventual oposición a los principios de capacidad económica y, específicamente, de prohibición de confiscatoriedad, que proclama el artículo 31.1 CE.

d) STS de 21 de noviembre de 2019 –recurso núm. 86-2019–

La referida sentencia declara la responsabilidad patrimonial del Estado legislador por el cobro indebido del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía municipal), en un caso en el que, por aplicación del artículo 110.4 TRLHL, no se permitió al sujeto pasivo del impuesto demostrar la inexistencia de incrementos de valor en la transmisión onerosa de terrenos de naturaleza urbana.

En el caso enjuiciado, el Ayuntamiento giró al obligado tributario una liquidación en concepto de impuesto de incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana con motivo de la transmisión por compraventa de una casa. Se impugnó la liquidación alegando que no se produjo el hecho imponible por no haber habido incremento de valor del terreno enajenado. Se invocó la inconstitucionalidad de la norma en la que el Ayuntamiento se amparaba para girar la liquidación, en la medida en que era contrario a la Constitución gravar una capacidad económica ficticia o inexistente. Y, en apoyo de la inexistencia del hecho imponible, se aportaron pruebas documentales (valoraciones publicadas por el Ministerio de Fomento, escrituras de compra y de venta) y prueba pericial.

La sentencia hace un interesante resumen sobre los medios de prueba que pueden usarse para demostrar la inexistencia de incrementos de valor de los terrenos de naturaleza urbana, afirmando:

- Que las escrituras de adquisición y transmisión del terreno constituyen un sólido principio de prueba de la inexistencia de incremento de valor del terreno (*vid.* STS de 9 de julio de 2018, rec. núm. 6226/2017).
- Que no se requiere aportar una prueba pericial completa, como única forma de acreditar que el valor del terreno no se ha incrementado (*vid.* STS de 5 de marzo de 2019, rec. núm. 2672/2017).
- Que los valores consignados en las escrituras de adquisición y transmisión de un terreno no siempre son un instrumento válido para acreditar la inexistencia de incremento de valor del terreno, pues no tienen un carácter absoluto. Su aportación desplaza la carga de la prueba al Ayuntamiento, que deberá demostrar que los precios inicial o final son mendaces o falsos o que no se corresponden con la realidad de lo sucedido (*vid.* STS de 17 de julio de 2018, rec. núm. 5664/2017).

En el caso analizado, a juicio de la Sala, la prueba aportada por la Administración no es eficaz para desvirtuar el decremento de valor, reflejado en las

escrituras de adquisición y transmisión. No se justifica la correspondencia de los valores catastrales con el valor de mercado del suelo en las fechas de compra y venta, máxime cuando no puede sostenerse que entre 2006 y 2014, con la crisis inmobiliaria padecida entre dichas anualidades, y sin que se alegue ninguna causa justificativa de ello, el valor del suelo haya subido la cantidad que se alega.

Por ello, la Sala estima el recurso contencioso-administrativo y condena a la Administración demandada al pago de la cantidad cobrada en concepto de IIVTNU, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación.

5

Autos dictados en el año 2019 que afectan al ámbito local

1 ATS de 16 de enero de 2019, rec. núm. 6950/2018:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

1.º) Determinar cuál es el alcance de la declaración de nulidad (ya sea total o parcial) de los valores catastrales en vía económico-administrativa o en vía judicial: si dicha nulidad conlleva también la nulidad de las liquidaciones del impuesto sobre bienes inmuebles, emitidas con posterioridad y basadas en aquellos valores catastrales, o si por el contrario, atendiendo al carácter bifásico del citado impuesto, dichas liquidaciones son válidas, en tanto que el Catastro no proceda a rectificar o modificar los valores catastrales, pudiendo ser giradas, incluso, con efectos retroactivos.

2.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 65 y 77.3 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, en relación con el artículo 29.5 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/2004, de 5 de marzo; el artículo 224.1 de la Ley 58/2003, General Tributaria; el 62 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

2 ATS de 30 de mayo de 2019, rec. núm. 1068/2019:

La cuestión que reviste interés casacional es:

1.º) Determinar si la STC 59/2017, de 11 de mayo, permite revisar en favor del contribuyente actos administrativos de liquidación del impuesto so-

bre el incremento de valor de los terrenos, correctores de la previa autoliquidación presentada, practicada en un supuesto en que no hubo incremento de valor probado, firmes por haber sido consentidos antes de haberse dictado tal sentencia.

2.º) En caso de que diéramos a la pregunta anterior una respuesta afirmativa, habilitante de esa posibilidad de revisión de actos firmes por consentidos, dilucidar en virtud de qué título jurídico –esto es, de qué causa legal de nulidad radical o de pleno derecho, de las tipificadas *numerus clausus* en el artículo 217 LGT– operaría; y, además, con qué limitación temporal. En el mismo sentido el ATS de 12 de septiembre de 2019, rec. núm. 2503/2019.

3 **ATS de 9 de mayo de 2019, rec. núm. 442/2019:**

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en:

1.º) Determinar, interpretando conjuntamente los artículos 219 de la Ley General Tributaria y 38 y 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si el órgano judicial puede sustituir a la Administración competente, en sentencia, acordando la procedencia de una solicitud de revocación –y accediendo a esta–, presentada por un particular contra un acto de aplicación de un tributo, o si por el contrario debe limitarse, caso de considerar disconforme a derecho la decisión recurrida, por ser atribución exclusiva de aquella la incoación de oficio y decisión del procedimiento de revocación.

2.º) Si para reconocer ese derecho puede ampararse el órgano sentenciador en la nulidad de un precepto constitucional, haciendo así derivar efectos *ex tunc* de una sentencia del Tribunal Constitucional publicada después de haber adquirido firmeza las liquidaciones tributarias litigiosas.

4 **ATS de 16 de julio de 2019, rec. núm. 5835/2018:**

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

1.º) 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 valoración catastral de su inmueble, cuando no lo hizo (o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza) al tiempo en que le fue notificado individualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto.

2.º) Determinar si la anulación judicial de un acuerdo de asignación de valores catastrales individualizados por falta de constancia, defectos o cualquier otro vicio del estudio de mercado del expediente de aprobación de la ponencia de valores, efectuada por un tribunal respecto a otro propietario,

resulta extensible al resto de sujetos pasivos del municipio en cuestión, con ocasión de la impugnación de las liquidaciones del IBI, aunque no hubieran recurrido la ponencia de valores o la asignación de valores catastrales individualizados.

3.º) Determinar qué trascendencia y efectos tienen sobre la impugnación de la liquidación del IBI los pronunciamientos judiciales contradictorios efectuados por la Audiencia Nacional y por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, a que nos hemos referido repetidamente, sentencias que además se refieren a otros contribuyentes.

4.º) Precisar qué efectos proyecta sobre esa impugnación de la liquidación del IBI la sentencia de la Audiencia Nacional que declara ajustada a derecho la Ponencia de Valores del municipio en cuestión y que estima que existe estudio de mercado debidamente motivado.

5 ATS de 3 de octubre de 2019, rec. núm. 3508/2019:

Aquí la cuestión que se plantea con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en matizar, precisar o revisar, en su caso, la jurisprudencia establecida, concretando si los informes técnico-económicos a los que se refieren los artículos 25 del TRLHL y 20.1 de la LTPPE, que deben incorporarse a los expedientes de aprobación de las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, pueden considerarse motivados cuando la determinación del módulo básico de repercusión del suelo (MBR) y del módulo básico de construcción (MBC) se efectúa por remisión a lo establecido en otra disposición general, concretamente la Orden EHA/3188/2006, de 11 de octubre, modificada por la Orden EHA/2816/2008, y a la Ponencia de Valores del municipio.

6 ATS de 26 de septiembre de 2019, rec. núm. 1308/2019:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar si se debe actualizar el valor de adquisición conforme al IPC, o algún otro mecanismo de corrección de la inflación, para acreditar que el terreno no ha experimentado un incremento real de valor a efectos del IIVTNU.

De darse respuesta afirmativa a la anterior pregunta, esclarecer qué método podría ser admisible para corregir la depreciación nominal, si el IPC nacional, autonómico, provincial, u otro método de corrección.

7 ATS de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 1417/2019:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en discernir si resulta ajustado a derecho determinar

la base imponible del IIVTNU, en caso de reconocida existencia de una plusvalía derivada de la aplicación de las reglas legales del tributo, con arreglo al beneficio obtenido por el contribuyente con la venta de un inmueble, según el resultado contable declarado siguiendo los criterios establecidos a efectos de un tributo diferente e inconexo como es el impuesto sobre sociedades, y aplicando a tal ganancia el tipo de gravamen del propio impuesto mencionado.

8 ATS de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 2977/2019:

En esta resolución la cuestión que se presenta con interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si los artículos 6 y 7 de la Ordenanza fiscal del Ayuntamiento de Grandas de Salime (Asturias), que regula imposición de la tasa por utilización privativa del dominio público o aprovechamiento especial local de las instalaciones de transporte de energía, gas, agua e hidrocarburos, aprobada definitivamente el 21 de septiembre de 2017 (y publicada en el Boletín Oficial del Principado de Asturias número 231 de 5 de octubre de 2017), y que ostentan práctica identidad con los mismos preceptos de otras muchas ordenanzas fiscales de municipios españoles que regulan el mismo supuesto de hecho, son contrarios al principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.3 de la CE o al artículo 16.1.b) del TRLHL.

9 ATS de 12 de diciembre de 2019, rec. núm. 4291/2019:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

a) Determinar si la figura del sustituto del contribuyente, prevista en el artículo 101.2 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004 (“TRLRHL”), puede ser atribuida a un tercero, cuando el dueño de la obra y sujeto pasivo, a título de contribuyente, fue quien solicitó la licencia de obras.

b) En caso de que se diera respuesta afirmativa a la anterior pregunta, determinar si un tercero a quien se encarga la ejecución de las obras con posterioridad a la solicitud de la licencia puede incurrir en algún presupuesto legal que le haga ocupar la posición del sustituto del contribuyente, conforme al expresado precepto.

10 ATS de 19 de diciembre de 2019, rec. núm. 4421/2019:

La cuestión que reviste interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en 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, en su caso, de su prórroga– o es necesario un acto formal de declaración de caducidad de esta por parte del Ayuntamiento, sin el cual no llegaría a acaecer dicho *dies a quo*.

11 ATS de 28 de noviembre de 2019, rec. núm. 4108/2019:

La cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en establecer si, con el fin de determinar la base imponible en la liquidación definitiva del ICIO, la Administración gestora del impuesto puede modificar el método de cálculo empleado en la liquidación provisional por otro distinto en la definitiva, utilizando esta el método basado en el presupuesto de ejecución material, en vez del método de los módulos establecidos en la ordenanza fiscal, aplicado en la primera.

12 ATS de 14 de octubre de 2019, rec. núm. 3637/2019:

Es un supuesto similar al del ATS de 3 de octubre de 2019 (RCA 3508/2019, antes reseñado). La cuestión a la que se reconoce interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en matizar, precisar o, en su caso, revisar la jurisprudencia establecida, concretando si los informes técnico-económicos a los que se refieren los artículos 25 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y 20.1 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos del Estado, que deben incorporarse a los expedientes de aprobación de las tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, pueden considerarse motivados cuando la determinación del módulo básico de repercusión del suelo (MBR) y del módulo básico de construcción (MBC) se efectúa por remisión a la Orden EHA/3188/2006, de 11 de octubre, modificada por la Orden EHA/2816/2008, y a la Ponencia de Valores del municipio.

13 ATS de 14 de octubre de 2019, rec. núm. 2923/2019:

Se trata aquí de la interpretación del alcance del fallo de la STC 59/2017, de 11 de mayo. ¿Obliga en todo caso a que la Administración tributaria acredite la existencia de incremento de valor en relación con la transmisión de un inmueble urbano, siendo así que en caso contrario no cabe liquidar el IIVTNU conforme al artículo 107 TRLHL, y aun cuando el contribuyente no haya probado, siquiera indiciariamente, la inexistencia de plusvalía real alguna respecto de la transmisión inmobiliaria? Asunto relacionado con el RCA 3533/2019.

14 ATS de 14 de octubre de 2019, rec. núm. 1431/2019:

Se trata de determinar si la interpretación conjunta de los artículos 104.1 y 107, apartados 1, 2 y 4, del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, permite concluir que el importe de la base imponible del impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana puede no ser el resultado de multiplicar el valor del terreno, en el momento del devengo, por el número de años de generación del incremento y por el porcentaje anual que corresponda.

Dicha cuestión jurídica presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, entre otras razones porque, de ser errónea la tesis mantenida por el Juzgado *a quo* sobre el cálculo de la base imponible del IIVTNU, produciría un grave daño al interés general, tal y como aquí sostiene la parte recurrente [artículo 88.2.b) de la LJCA], y ha sido ya resuelta por la Sección Segunda de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencias de 9 de julio de 2018 (RCA/6226/2017), de 17 de julio de 2018 (RCA 5664/2017) y de 18 de julio de 2018 (RCA 4777/2017; ECLI:ES:TS:2018:2990), y particularmente por la sentencia de 27 de marzo de 2019 (RCA 4924/2017).

15 ATS de 3 de octubre de 2019, rec. núm. 3966/2019:

Las cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consisten en:

1) Determinar el grado de concreción de la información de las solicitudes de autorización de entrada en domicilio –o en la sede social de una empresa–, formuladas por la Administración tributaria, así como el alcance y la extensión del control judicial de tales peticiones de autorización.

2) Precisar los requisitos para que la autorización judicial de entrada y registro en un domicilio constitucionalmente protegido, a efectos tributarios, pueda reputarse necesaria y proporcionada, a la vista de los datos suministrados en su solicitud por la Agencia Tributaria.

3) Especificar si la decisión administrativa, explicitada en su solicitud, de no iniciar procedimiento inspector previo, la preservación del secreto en que se basa esa omisión y la presunción –por conjetura o suposición– de fraude fiscal que parece ampararlo, son constitucionalmente válidas, desde la perspectiva de la necesidad, la proporcionalidad y la accesoriedad de la medida pedida de entrada en domicilio, y en consecuencia, si las resoluciones judiciales que amparan la petición y autorizan dicha entrada vulneran tales límites y exigencias constitucionales.

4) En particular, si la entrada en domicilio puede justificarse, en el auto judicial que lo autoriza, principalmente, en que el contribuyente, titular de

un establecimiento de hostelería, haya tributado, con base en los datos declarados, una cuota que resulta inferior a la media de rentabilidad del sector a nivel nacional, y si, por tanto, puede inferirse de ese solo dato que el obligado tributario puede haber estado ocultando ventas efectivamente realizadas.

16 ATS de 3 de octubre de 2019, rec. núm. 2083/2019:

La misma cuestión se plantea en los recursos RCA/1823/2019 y 2241/2019, estando el recurso igualmente relacionado con el RCA 1729/2019 (inadmitido por incumplimiento de los requisitos exigidos para el escrito de preparación). La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar el alcance y la extensión de los artículos 61.2 y 62.1.a) TRLHL en lo que se refiere a la exención de los inmuebles propiedad del Estado, afectos a la defensa nacional, cuando está cedido su uso a una empresa en virtud de concesión administrativa u otro título que comprenda la posesión, y en particular, si se mantiene la exigencia del doble requisito subjetivo y objetivo, en los términos de la sentencia de esta Sala de 12 de diciembre de 2017, pronunciada en el recurso de casación en interés de la ley núm. 3054/2016.

17 ATS de 3 de octubre de 2019, rec. núm. 2272/2019:

Impuesto sobre bienes inmuebles: la duda que se plantea es si cabe discutir el valor catastral con ocasión de la impugnación de la liquidación, en presencia de circunstancias excepcionales y sobrevenidas, como sucede cuando por sentencia firme se produce una reclasificación del suelo, cuya aplicación al caso lleva a la certeza de que el inmueble no es urbano a efectos catastrales. Admisión del recurso por coincidir en esencia las pretensiones de la parte recurrente con la doctrina fijada, entre otras, por las sentencias de 19 de febrero de 2019 (RCA/128/2016), 4 de marzo de 2019 (RCA/11/2017), 2 de abril de 2019 (RCA/2154/2017) y 14 de mayo de 2019 (RCA/3457/2017).

18 ATS de 26 de septiembre de 2019, rec. núm. 3456/2019:

La cuestión que aparece con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si es aplicable al recurso de apelación contra los autos que declaran la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo la *summa graviminis* prevista en el artículo 81.1.a) de la LJCA, o si por el contrario rige la regla prevista en el artículo 81.2.a) de la misma Ley.

19 ATS de 19 de septiembre de 2019, rec. núm. 2314/2019:

En este caso la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si, con ocasión de la impugnación indirecta de una ordenanza fiscal –como, en este caso, la reguladora del IAE–, cabe alegar la ausencia absoluta de motivación o de justificación de las razones en que se sustenta la modificación del coeficiente de situación en dicho impuesto, como elemento de cuantificación de la cuota, al entenderse que se trata del incumplimiento de un requisito determinante de un elemento esencial del tributo; o si, por el contrario, no cabe tal invocación por tratarse de un mero vicio formal del procedimiento y, como tal, no susceptible de alegación en la impugnación indirecta de una disposición general.

20 ATS de 12 de septiembre de 2019, rec. núm. 3966/2019:

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de 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 por el impuesto sobre bienes inmuebles.

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 entrecorridas.

- **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.



suscripciones



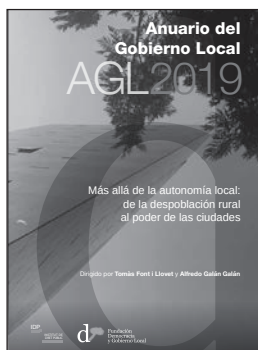
3 números al año

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: abril 2020

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/XdFc8t3wK>

[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

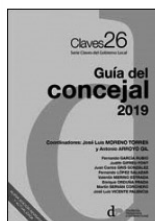
VER TODAS

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

QDL52ÍNDICE

I. ESTUDIOS

- 12 Análisis sobre la aplicación práctica de la Ley de Contratos del Sector Público; especial referencia a los artículos más complejos en su tramitación · JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU
- 104 La pervivencia de un modelo jurídico propio de servicios sociales en el Estado español: el sistema integrado de prestaciones de Cataluña · MARIA VICTORIA FORNS I FERNÁNDEZ
- 140 ¿Convenios interadministrativos de duración cuatrienal para satisfacer necesidades permanentes? Especial referencia a la cooperación local · PETRA MAHILLO GARCÍA y JOSÉ LUIS MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS
- 160 Los convenios administrativos en el ámbito local y su actual régimen jurídico · JUAN ALEMANY GARCÍAS
- 189 Del indefinido no fijo al laboral fijo de plantilla. Nuevos aires para nuevos tiempos · MARCOS PEÑA MOLINA

II. INFORME

- 198 Los flujos migratorios en las estrategias de desarrollo sostenible. Una propuesta metodológica · JULIÁN GARRÁN DÍAZ, JULIO CABELLOS BEL y AGUSTÍN RODRÍGUEZ ESCUDERO

III. JURISPRUDENCIA

- 294 Estudio sobre las últimas sentencias del Tribunal Supremo en materia de haciendas de los entes locales · PILAR GALINDO MORELL



www.gobiernolocal.org