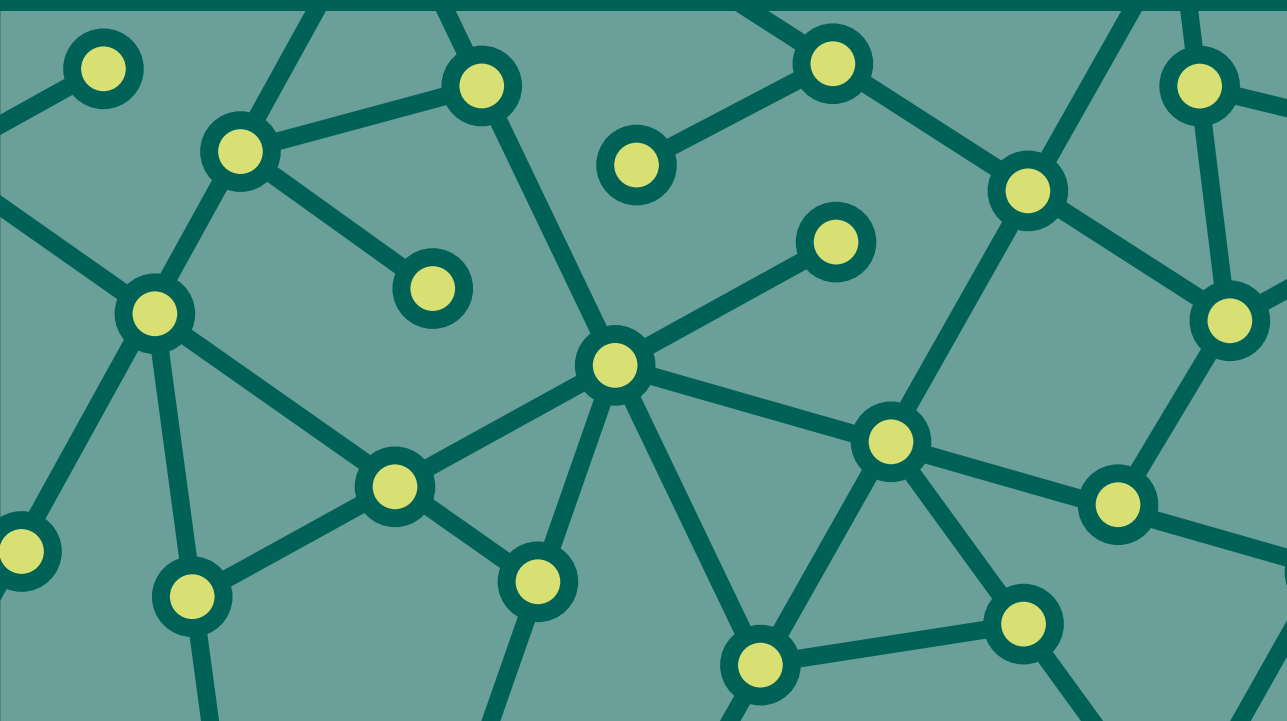
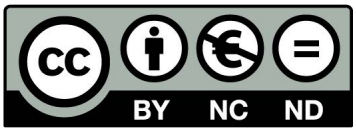
Anuario Aragonés del Gobierno Local

2016

08 | ZARAGOZA 2017 | ISSN 2172-6531



La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/3623



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- BY (Reconocimiento): Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.

- NC (No comercial): La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.

- ND (Sin obras derivadas): La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es.

Anuario Aragonés del Gobierno Local

2016

08 | 2017

Publicación número 3546
de la Institución Fernando el Católico,
organismo autónomo de la Excma. Diputación de Zaragoza,
plaza de España, 2, 50071 Zaragoza (España)
tels. [34] 976 288 878 / 976 288 879
fax [34] 976 288 869
ifc@dpz.es
http://ifc.dpz.es

Diseño gráfico y arte final
Víctor M. Lahuerta

Impresión
Imprenta Provincial

Encuadernación
Raga, SA

ISSN 2172-6531

D.L. Z 3714-2010

© de los textos, sus autores. Zaragoza, 2017.
© del diseño gráfico, Víctor M. Lahuerta. Zaragoza, 2017.
© de la presente edición, Institución Fernando el Católico. Zaragoza, 2017.

Impreso en España – Unión Europea / Printed in Spain – European Union

Anuario Aragonés del Gobierno Local

2016

08 | ZARAGOZA 2017

Fundación Ramón Sáinz de Varanda

INSTITUCIÓN FERNANDO EL CATÓLICO

Anuario Aragonés del Gobierno Local

CONSEJO DE REDACCIÓN

DIRECTOR

Antonio Embid Irujo
Catedrático de Derecho Administrativo
Presidente de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda

SUBDIRECTOR Y SECRETARIO

Jesús Colás Tenas
Secretario General de la Diputación Provincial de Zaragoza
Director de la Cátedra Royo Villanova de la Institución Fernando el Católico

CONSEJEROS

Fernando García Vicente
Justicia de Aragón

Francisco Martínez García
Jefe de Gabinete del Presidente de la Diputación Provincial de Zaragoza

Pablo Calvo Ruata
Abogado

Eloy Colom Piazuelo
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Catedrático acreditado de la Universidad de Zaragoza

Francisco Javier Hernández Puértolas
Abogado y miembro del Consejo Asesor de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda

Ismael Jiménez Compaired
Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Zaragoza

Pedro Luis Martínez Pallarés
Letrado de la Diputación Provincial de Zaragoza

Carlos Navarro del Cacho
Letrado del Ayuntamiento de Zaragoza
Miembro del Consejo Asesor de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda

Ramón Salanova Alcalde
Presidente del Consejo Consultivo de Aragón
Miembro del Consejo Asesor de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda

Sergio Salinas Alcega
Profesor Titular de Derecho Internacional de la Universidad de Zaragoza

Sumario

INFORMES 9

11 INFORME GENERAL SOBRE EL GOBIERNO LOCAL EN 2016
Antonio Embid Irujo

43 INFORMES SECTORIALES

45 Empleo y organización local
Beatriz Setuáin Mendía

53 Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda
Mª Josefa Aguado Orta

87 Contratación local
Jesús Colás Tenas

117 Servicios públicos y contratos de servicios
Pedro Luis Martínez Pallarés

153 Bienes Locales
Eloy Colom Piazuelo

159 Tributos y presupuestos
Joaquín Álvarez Martínez e Ismael Jiménez Compaired

167 Medio ambiente
Antonio Eduardo Embid Tello

177 Derecho de la Unión Europea
Sergio Salinas Alcega y Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

195 El Justicia de Aragón
Rosa María Casado Monge

213 Cámara de Cuentas de Aragón
Ignacio Barquero Solanes

ESTUDIOS 241

243 La reforma local vasca:
del régimen local a las instituciones locales
Rafael Jiménez Asensio

283 La relación entre informe urbanístico previo y licencia de obras en el marco de la autorización ambiental integrada
Germán Valencia Martín

319 Análisis de novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual
Silvia Díez Sastre

359 La división de lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE
Gonzalo Castro Marquina

CRÓNICAS 415

417 Utilización y aprovechamiento de los bienes del Ayuntamiento de Zaragoza
Elena Ezpeleta Pemán

NOTAS 439

441 Sentencia de 16 de febrero de 2017 del Tribunal Constitucional
José Luis Espelosín Audera

DOCUMENTACIÓN 451

453 Dictamen 238/2016
De 18 de octubre, sobre resolución de contrato de gestión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso (NFU) suscrito por la Diputación General de Aragón.

475 Acuerdo 108/2016
De 9 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por Aragonesa de Automóviles SA, Coches La Oscense SA y Pirenauto SL, frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

491 Informe 1/2016
De 25 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el asunto de incidencia de la huelga realizada por los trabajadores en el régimen de pagos de un

contrato de servicios. Información de las obligaciones de subrogación en las relaciones laborales del anterior contratista.

RECENSIONES 501

503 GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.):
La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales
por ANTONIO EMBID IRUJO

505 VILLORIA MENDIETA, M. (dir.):
Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el Gobierno Local
por ANTONIO EMBID IRUJO

Índice de autores 509

INFORMES

Informe general sobre el Gobierno Local en 2016

Antonio Embid Irujo

I. PANORÁMICA GENERAL EN ESPAÑA: LOS RESULTADOS DE LAS ELECCIONES GENERALES HAN DETERMINADO UN AÑO POLÍTICO PECULIAR

Si el Informe general que realicé sobre el año 2015 –en el número del *Anuario* publicado en 2016– comenzaba valorando los resultados electorales (de las elecciones autonómicas y locales) celebradas en mayo de 2015 en relación a la composición y posibilidades de actuación de los gobiernos locales y autonómicos, sobre todo los aragoneses, el Informe del año 2016 debe comenzar también con una referencia electoral, pero en este caso a los resultados de las dos elecciones generales celebradas, sucesivamente, el 20 de diciembre de 2015 y el 26 de junio de 2016.

Y en ambos casos para extraer la misma conclusión al margen de cualquier valoración política, innecesaria y hasta atípica en un informe de esta naturaleza. Y la conclusión resulta muy fácil y constituye solo una mera lectura (casi transcripción) de lo que sucedió: como consecuencia de los números resultantes de las elecciones, de la escasa mayoría del primer partido votado y de la incapacidad para constituir otro tipo de mayorías, al menos inicialmente, prácticamente todo el año 2016 ha transcurrido con un gobierno de la nación en funciones, lo que quiere decir un gobierno incapaz –por prohibición normativa– de afrontar cualquier tipo de iniciativa de fuste, lo que quiere decir también imposibilitado

para abordar la resolución de problemas que vayan más allá de la gestión diaria, rutinaria, casi reglada, en la mayor parte de los asuntos. Ello hasta el momento en el que en virtud del pacto entre PP-Cs y la abstención del PSOE (decidida tras, nada menos, que la defenestración –figurada– de su anterior general en una jornada verdaderamente atípica y también aciaga para todos sus protagonistas, creo), se constituyó un Gobierno tras el procedimiento de investidura y comenzó la Legislatura.

Por ello se detuvo durante mucho tiempo la acción normativa, y no solo en lo relativo al régimen local, obviamente. Ha habido también una interrupción imprescindible en el lanzamiento de proyectos y necesariamente se han debido seguir utilizando los instrumentos normativos del pasado para afrontar las situaciones variadas que se presentaban, aun cuando estas pudieran ser distinguibles en su intensidad o matices, como ha sucedido con el desarrollo de la ya excesivamente larga crisis económica.

Y hay que convenir en que la formación, finalmente, de Gobierno en el otoño de 2016 no ha ido seguida, tampoco, de una firme iniciativa normativa o de acción ejecutiva (al menos aparente y hasta el momento en que se escribe) pues la situación de minoría parlamentaria del Gobierno y el hecho, sorprendente en principio, de que todos los actores políticos –con excepción del partido que sostiene al Gobierno– se consideren «oposición» –aun habiendo permitido varios de ellos la formación de gobierno, con voto positivo o abstención–, hace que en los albores de la primavera de 2017 –cuando se termina de escribir este Informe– todavía no se conozca siquiera el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para este año[1], y hasta es imaginable que pueda transcurrir el año sin que se apruebe, lo que hace que también sea dable especular con que, en algún momento, pudieran celebrarse otras elecciones generales, aunque ello sea una opción que la más elemental lógica debería repudiar a priori[2].

1 Otras iniciativas normativas sí que se están tramitando, como la que deberá desembocar en una nueva Ley de Contratos del Sector Público, exigible en función de directivas comunitarias cuyo plazo de transposición venció hace un año (ya ha transcurrido en la fecha en que se finaliza este Informe el debate de totalidad sobre el proyecto de Ley presentado por el Gobierno). También se ponen en marcha Comisiones parlamentarias de investigación (sobre los problemas del sistema financiero o en relación a determinados escándalos del pasado) o iniciativas que pretenden derogar determinadas leyes (como sucede en el plano educativo con la LOMCE, aunque es muy difícil derogar sin texto alternativo como bien puede comprenderse y es más que dudoso que ese resultado sea mínimamente factible y, desde luego, eficaz u operativo).

2 No es descartable, en absoluto, que pueda aplicarse lo previsto en el art. 115.3 de la Constitución («no procederá nueva disolución *antes de que transcurra un año desde la anterior*...»). Es decir, que cuando transcurra el plazo del año desde la disolución de las Cámaras que dio

Es una situación atípica dentro de la ya amplia trayectoria que tiene la vida política española realizada al amparo de la Constitución de 1978. Normalmente y durante este tiempo han sido Gobiernos apoyados por mayorías absolutas o, en todo caso, muy fuertes las que han ejercido el Gobierno de la Nación, lo que ha permitido una vida parlamentaria –y política– con distintos desarrollos, pero siempre con proyectos y realizaciones, también en el ámbito de los gobiernos locales y todo ello, obviamente, con independencia del juicio –siempre relativo y particular– que se pueda tener sobre dichos desarrollos. Por ello es fácil comprender que la situación en la que ahora nos encontramos resulta extraña, por lo menos para quienes hemos visto transcurrir buena parte de nuestra vida adulta sobre esquemas bien «previsibles» en los comportamientos tanto del gobierno como de la oposición. Como en tantas cosas, es la crisis económica –tan profunda y descarnada– y sus resultados políticos, quien aparece como causante de este desasosiego que todo induce a pensar que va a pervivir todavía durante bastante tiempo en el país; ello permite concluir en que los desarrollos políticos deberán orientarse en la búsqueda de pautas de comportamientos y esquemas de actuación distintos a los habituales y cuyo contenido ni se adivina siquiera. Dentro de un tiempo habrá de juzgarse si estos han sido más o menos eficaces –desde el punto de vista del bienestar general de los ciudadanos, lo realmente importante– que lo ya conocido.

Y al margen de la falta de resultados públicos y constatables de una acción gubernamental, lo que sí puede asegurarse es que han seguido produciéndose acontecimientos que pueden, inequívocamente, ser objeto de estudio y comentario en un Informe como este. Que de los mismos pueden también deducirse enseñanzas y conclusiones y que ellos, estoy seguro, influirán en el futuro desarrollo de la vida institucional, cuando llegue el momento en que, irremediablemente, de una forma que quizá todavía no sospechamos, hayan de adoptarse decisiones que corrijan pautas o direcciones que ya empiezan a verse como nada deseables[3]. En las páginas siguientes de este primer apartado voy a resaltar una

lugar a las elecciones del 26 de junio de 2016, pueda procederse a la disolución de las Cortes Generales y a la convocatoria de elecciones si, por ejemplo, no es factible aprobar los Presupuestos Generales del Estado o en otra circunstancia de similar gravedad a juicio del Presidente del Gobierno.

3 Parece claro que aun dentro de lo atípico de una situación como la actual, hay aspectos de la vida pública que pueden esperar tiempos mejores (o peores), pero también existen otros que necesitan una acción urgente y concertada. Estoy pensando, en relación a lo primero, a la imprescindible reforma del régimen local, imprescindible pero que puede esperar, cómo no si ya lleva esperando al menos una década. Entre las segundas situaciones, ocupa un lugar primigenio la regulación del sistema de pensiones que asegure, de verdad, su existencia, justo en el

serie de hechos que, en el contexto descrito, me parecen los más resaltables en el plano nacional, y sin perjuicio de algunos apuntes, parciales, realizados cuando lo juzgue conveniente, a problemas específicos de Aragón.

1. El desmontaje por el Tribunal Constitucional de una parte sustantiva de la LRSAL. La pervivencia del mandato de la sostenibilidad financiera y del equilibrio presupuestario: algunas cifras

En los finales de 2013 las Cortes Generales concluyeron la tramitación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), en medio de una fuerte polémica política que marcó la formulación de distintos recursos de inconstitucionalidad (de Comunidades Autónomas) contra ella, y hasta de un conflicto en defensa de la autonomía local suscitado por varios miles de entidades locales. Durante 2016 han aparecido cuatro Sentencias del Tribunal Constitucional[4] que han declarado en algunos casos (pocos) la inconstitucionalidad de algunos preceptos, leídos otros a la luz de lo que el TC entiende por correcta aplicación de la Constitución (sentencias interpretativas, como se suele llamar a este tipo de pronunciamientos del TC) y desestimado los recursos contra la mayor parte de los preceptos impugnados[5].

año en que se acaba el fondo «ahorrativo» del sistema. Obviamente el desarrollo de esta segunda cuestión nos alejaría mucho de lo que debe ser el contenido de este informe pero la trascendencia y urgencia de las decisiones a adoptar, no me permite dejar de hacer mención a ello.

4 Un tiempo de tramitación procesal ante el TC sorprendentemente breve, para lo que nos tiene acostumbrados el alto tribunal en otros recursos de inconstitucionalidad. Quizá el TC quiso pasar pronto página sobre una cuestión candente, aprovechando la parada legislativa y de un cierto tipo de debate político, no de otro, que fue hasta agrio en muchos momentos.

5 Son estas Sentencias las siguientes: STC 41/2016, de 3 de marzo, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asamblea de Extremadura; STC 111/2016, de 9 de junio, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía; STC 168/2016, de 6 de octubre de 2016, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Principado de Asturias y STC 180/2016, de 20 de octubre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra. Sigue pendiente de resolución el conflicto en defensa de la autonomía local, si bien no creo que deba esperarse mucho de él, al menos si se tiene en cuenta que hasta el momento no existe un solo supuesto en que esta técnica, procedente de una reforma de la LOTC en 2000, haya conseguido un solo pronunciamiento positivo a favor de los promotores del conflicto. Sobre el conflicto, sus características y limitaciones, puede verse recientemente la tesis doctoral de J.L. REVERTER VALLS: «Los conflictos en defensa de la autonomía local», leída en enero de 2016 en la Universidad de Zaragoza y de futura publicación. Por cierto y siguiendo con este tema, han continuado apareciendo en 2016 sentencias resolutorias de conflictos en defensa de la autonomía local y, como era previsible dado

El resultado final de todo ello puede decirse que es una fuerte descalificación de los aspectos de la LRSAL que afectaban de lleno a la autonomía de las entidades locales. Así, se han resaltado otra vez aspectos «clásicos» de las competencias locales que la LRSAL había oscurecido, como la posibilidad del legislador competente (estatal o autonómico) de reconocer competencias a los Municipios más allá del listado del art. 25.2 LBRL sobre el que también el TC ha recordado la concepción «clásica»: no es un texto atributivo de competencias sino enumerador de sectores en los que el legislador competente debe necesariamente reconocer competencias a los Municipios, al margen de la extensión que realmente cobren estas. Dentro de los planteamientos ya clásicos resalta también la afirmación de la subordinación de los Estatutos de Autonomía a la LBRL. Y, como decía antes, sigue afirmada la capacidad del legislador de entregarles competencias más allá de los listados –que son simplemente enumerativos– de tal precepto de la LBRL, cuestión cuya importancia objetiva (a favor de las posibilidades de actuación de las entidades locales si el legislador competente –sobre todo el autonómico– así lo quiere) es evidente.

Igualmente se ha desautorizado por el TC el desapoderamiento que para las entidades locales representaban algunas disposiciones que entregaban sus competencias a las CCAA (en enseñanza, en sanidad, en servicios sociales) por desconocer tales disposiciones la propia potestad normativa de las CCAA sobre tales materias.

En todo caso y en mi opinión la parte más sustantiva, la relativa a la sostenibilidad financiera y al equilibrio presupuestario de las entidades locales, queda fundamentalmente en pie y aún se ha declarado inconstitucional por motivos formales, un precepto que pretendía asegurar un ámbito de financiación para las entidades locales a cargo de las CCAA (el art. 57 bis LBRL que en opinión del TC su contenido debería haber sido objeto de Ley Orgánica por afectar a la remisión que a este texto hace el art. 157.3 CE). Ello constituye una fuerte paradoja que no puede dejar de notarse.

Comienzan a aparecer excelentes comentarios de esta jurisprudencia constitucional y a ellos me remito en bloque[6], pues no es mi intención realizar aquí

lo que acabo de indicar, con rechazo del conflicto planteado. Vid., así, la STC 27/2016, de 18 de febrero, que resuelve el conflicto en defensa de la autonomía local 2599-2013 planteado por las Diputaciones Provinciales de Almería, Granada, Málaga y Cádiz en relación con el Decreto-ley del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía 5/2012, de 27 de noviembre, de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía. La Sentencia inadmite el conflicto por carencia de legitimación activa de dichas Diputaciones.

6 Cfr. L. MEDINA ALCOZ: «La distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a la luz de las sentencias constitucionales sobre la reforma local de 2013», en

otra cosa que llamar la atención acerca del hecho de que en un momento en el que el legislador «positivo» (las Cortes Generales) estaba necesariamente paralizado, ha sido el legislador «negativo» (el Tribunal Constitucional), quien ha actuado remediando, en parte, las inconsecuencias de una legislación que arrojaba una posición subordinada (y en buena parte opuesta a la Constitución) de los Gobiernos locales, contraria, sobre todo, al papel dinámico que es dable pensar (y, sobre todo, desear) de las entidades locales. Hay cosas, sin embargo, que no puede remediar la acción del TC porque trasciende a la misma LRSAL, como es la misma concepción limitada («minúscula») de la autonomía local, con escasas defensas frente al legislador competente que en la práctica se puede mantener dentro del respeto a la Constitución, reconociendo en sus leyes una simple «intervención» a las entidades locales en los distintos sectores materiales a donde puede extenderse su actividad. Y, desde luego, lo que tampoco puede hacer el TC es convertirse en legislador «positivo», creador de un marco jurídico nuevo que, como he dicho, se echa en falta en muchísimos sectores.

La mención anterior que he realizado a la pervivencia de los aspectos fundamentales aseguradores de la sostenibilidad financiera y del equilibrio presupuestario, me da pie para concluir este punto recordando las previsiones que en el documento del Gobierno denominado *Actualización del Plan Presupuestario 2017* (es un texto de 9 de diciembre de 2016), se contienen en relación a los déficit sobre el PIB previstos para las distintas Administraciones Públicas y datos comunicados, conforme a la situación económica española, a la Comisión Europea en Bruselas. Son los siguientes (vid. p. 14 del documento citado):

% PIB	2017	2018	2019
Administración Central	-1,1	-0,7	-0,3
Comunidades Autónomas	-0,6	-0,3	0,0
Entidades Locales	0,0	0,0	0,0
Seguridad Social	-1,4	-1,2	-1,0
Total Administraciones Públicas	**-3,1**	**-2,2**	**-1,3**

Anuario del Gobierno Local, 2015/16, pp. 189 y ss., y en el mismo lugar y con el mismo objeto vid. también el trabajo de R. GRACIA RETORTILLO: «La LRSAL ante el Tribunal Constitucional: la afectación a la autonomía local», pp. 225 y ss. Necesariamente en este punto debo remitirme al blog de R. JIMÉNEZ ASENSIO en el que a lo largo de 2016 han aparecido continuos comentarios de evidente altura (sabiduría), sobre el significado de la intervención del Tribunal Constitucional sobre la LRSAL que refiero en el texto, con estudios sobresalientes –breves, pero plenos de ideas– acerca de cómo queda la configuración de las competencias municipales, entre muchas otras cosas. Cfr. «La Mirada Institucional», https://rafaeljimenezasensio.com/

Como se puede observar en las previsiones gubernamentales, las Entidades locales continúan la pauta de no déficit que ya se ha experimentado en años anteriores (remito a lo que sobre el particular dije en relación al informe de 2015, momento en que ya existía esa ausencia de déficit), lo que contrasta claramente con lo previsto para las otras AAPP pudiendo advertirse que esa será –según la previsión– también la situación de las CCAA en el año 2019[7].

Pero más significativo es lo que se dice a continuación en el documento que menciono y que me parece conveniente transcribir y luego comentar:

> En aplicación de la regla de gasto, se estima que las Entidades Locales presentarán un superávit del 0,4% PIB en todo el período de proyección, *lo que supone un elemento adicional de garantía del cumplimiento del objetivo del conjunto de las Administraciones Públicas en todo el período de proyección* (el resalte tipográfico es mío).

Es decir, las entidades locales aparecen desde su humilde posición (teórica) como garantes del conjunto del déficit público de las AAPP lo que trasmite, inmediatamente, sentimientos positivos –aunque encontrados con otros algo más amargos– sobre esa situación que tiene una parte de su explicación en informaciones que en este mismo Informe general se mencionan (por ejemplo lo relativo a los empleados públicos de las entidades locales, que siguen a la baja frente a los significativos aumentos que se encuentran en el ámbito de las CCAA como luego veremos) aun cuando esa mención a la «regla de gasto» permite también lamentar la situación de distintas entidades locales (varias en nuestra Comunidad Autónoma) que teniendo una situación de tesorería favorable, se ven impedidas de realizar políticas de gasto o de inversión (que bien gestionadas podrían llevar consigo diversos efectos y entre ellos y de manera relevante, la creación de puestos de trabajo) precisamente por la necesidad de no superar un determinado volumen de gasto. El haz y el envés de la misma situación.

7 Sin embargo, la observación de lo que repetidamente viene sucediendo con las CCAA, el incumplimiento de las previsiones lo que ha vuelto a suceder en 2016, permite arrojar alguna zona de sombra o duda sobre tales previsiones. En fecha tan temprana como la de marzo de 2017, ya se escuchan distintas voces oficiales provenientes de CCAA advirtiendo de que no se cumplirá la cifra de déficit público prevista para 2017 en el documento comentado: el 0,6% sobre el PIB.

2. El Estado (central) se detiene pero alguna Comunidad Autónoma avanza: La ley de Instituciones Locales de Euskadi. Referencia a la entrada en vigor de la normativa sobre procedimiento administrativo común y del sector público y su impacto sobre las entidades locales

El segundo elemento que quería resaltar es un hecho que muestra las contradicciones propias de un Estado basado en la descentralización del poder político. Por un lado el Estado cesa obligatoriamente en su actividad normativa, pero ello no significa un parón en ese mismo ámbito de las otras entidades con potestad legislativa, las CCAA. Es evidente, sin embargo, que las situaciones de escasa mayoría política no han sido solo cosa del Estado, sino que en la gran mayoría de los casos y aun con formación de gobiernos, se trata como regla general de gobiernos con apoyos parlamentarios escuetos y, por tanto, inestables en su vida y, consiguientemente, vacilantes en sus actuaciones.

En algunos ámbitos, sin embargo, es necesario resaltar la existencia de importantes novedades normativas que en el ámbito de lo local deben personificarse necesariamente en la Ley 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (*BOE* de 2 de mayo de 2016, con importante corrección de errores en el *BOE* de 14 de julio de 2016). Ley ambiciosa, con pretensiones de afirmar nuevos modos de configurar la acción de unas instituciones locales que en el caso del País Vasco tienen las singularidades bien conocidas de su foralidad, con materias reservadas para los Territorios Históricos en el mismo Estatuto de Autonomía del País Vasco (existencia de una real reserva reglamentaria, situación enteramente atípica en nuestro sistema constitucional y normativo).

La ambición de la apuesta normativa y el contenido de algún precepto determinaron la apelación por parte del Gobierno de la Nación a la Comisión Bilateral a efectos de evitar (o rubricar) la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. Parece que ha habido éxito en la actuación de esa Comisión y que no habrá recurso de inconstitucionalidad[8].

Por otra parte debe llamarse la atención sobre la entrada en vigor de las Leyes 39 y 40/2015, de 1 de octubre, hecho que tuvo lugar el 2 de octubre de 2016 (entrada en vigor parcial, pues algunos aspectos de la Ley 39/2015 lo harán en octubre de 2018, singularmente de bastantes referencias relativas a la llamada

8 Si es así como afirmo en el texto, podría siempre caber la interrogación si en ello habrá tenido algo que ver el, parece, necesario concurso del PNV a la hipotética aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017. Cuando se presente. Especular es fácil y la experiencia dice que este tipo de especulación suele tener alguna conexión con la realidad.

«Administración electrónica»). Si en algún momento de la larga *vacatio legis* pudo ponerse en duda si se produciría, realmente, esa entrada en vigor y hasta, incluso, desearse que ese hecho no tuviera lugar por los defectos y riesgos de la misma en comparación con las escasas ventajas que ello traería (es mi caso), el *impasse* político sufrido determinó que ese hecho tuviera lugar de forma inexorable, cuando tocaba, tal y como estaba previsto en las mismas Leyes 39 y 40/2015 citadas.

Es claro que esa entrada en vigor determina impactos sobre el conjunto de las Administraciones Públicas, también, claro está, sobre las entidades locales. En el caso de estas, las incógnitas que sobre todo para los pequeños municipios plantea la llamada «Administración electrónica» con las dificultades imaginables en su relación y las mismas dudas que algunos preceptos plantean desde el punto de vista de su operatividad, no han llevado consigo ninguna capacidad de negociar un retraso (y, desde luego, nadie con apoyo político mediano lo ha intentado siquiera). Ello hace que la realidad de la aplicación de la nueva normativa sea, en muchos casos, difícil de predecir de manera general y que, inevitablemente, deban contarse historias particulares en relación a múltiples pequeños municipios (y, en algunos casos, no tan pequeños) cuya actuación práctica queda al margen de lo previsto legalmente, situación que es la peor que puede predicarse de una norma y que nos colocaría –analógicamente– ante el clásico imperativo de mucha parte del derecho indiano: «obedézcase pero no se cumpla», a unos cuantos siglos de distancia –y kilómetros– de la fundamentación fáctica de esa frase.

Dejando de lado este hecho que supera la categoría de lo anecdótico, es evidente que algunas pautas de comportamiento (no demasiadas) deberán verse cambiadas inexorablemente por la nueva regulación. En particular creo que en el ámbito del ejercicio de la potestad reglamentaria (en lo relativo a la elaboración de ordenanzas y reglamentos locales y a la misma configuración del contenido posible de tales ordenanzas y reglamentos) van a existir necesariamente muchos cambios que, en general, me parecen positivos en cuanto que van destinados a conseguir una mejor calidad de la norma, facilidad en su aplicación, y, sobre todo, a reforzar las garantías de los ciudadanos (o de las «personas», habría que decir en la nueva jerga instaurada por la Ley 39/2015 frente al obsesivo uso por la Ley 30/1992 del término «ciudadanos») para no verse molestados por tanto precepto reglamentario inútil o aun perjudicial para el desarrollo de la vida económica y social como se ha conocido.

La misma presencia de una normativa «básica» sobre la potestad reglamentaria representa una novedad en la Ley 39/2015, pues no existía nada de esto en la Ley 30/1992, en una decisión perfectamente consciente en su momento

de que la regulación sobre la elaboración de los reglamentos procediera directamente, sin ninguna intermediación básica, de las normas cabecera de esta materia en cada Administración Pública: la Ley del Gobierno de 1997 en el caso del Gobierno de la Nación, las Leyes del Gobierno (con distinta terminología en sus títulos) en los supuestos de las CCAA, y la LBRL de 1985 (tantas veces modificada), finalmente, para las entidades locales. Ahora, sin embargo, la Ley 39/2015 contiene unos preceptos en parte novedosos y, en otra parte, procedentes de la Ley de Economía Sostenible de 2011 que en aquel lugar pasaron prácticamente desapercibidos, y ahora, al integrarse en una normativa básica de relevancia, no va a suceder así (ya no está sucediendo); son los llamados «principios de buena regulación», que forman parte de lo más notable de la regulación de la potestad reglamentaria en la Ley 39/2015.

Ello ha determinado, al tiempo, la reforma de la Ley del Gobierno de 1997 por la Ley 40/2015 (en su disposición final quinta), reforma profunda y que puede jugar como una especie de espejo en el que se mirarán –presumo y creo que acertaré en esa presunción– las normativas autonómicas que aparecerán sobre Gobierno y Administración a lo largo de este 2017, probablemente muy homogéneas (si no iguales) entre sí, aun con distintos orígenes políticos, técnicos y parlamentarios. Características estas de copia, corta y pega no muy valorables positivamente, del Estado de las Autonomías.

También creo que al margen de distintas (y pequeñas) cosas, habrá otro sector en la actividad de las entidades locales en que se va a notar fuertemente la entrada en vigor de esta normativa básica. Estoy pensando en la necesidad de que las entidades locales incorporen sus entidades de derecho público y sus sociedades mercantiles y fundaciones a un Catálogo que se llevará en el Ministerio de Hacienda (que deberá actualizarse permanentemente con cualquier variación que afecte a tales entidades) y, sobre todo, instauren sistemas de control sobre su sector público institucional (en Aragón son pocas las entidades que se verán afectadas por ello, porque un sector público institucional digno de ese nombre, fuera del Ayuntamiento de Zaragoza es cosa muy desconocida), tal y como se contiene en la Ley 40/2015, del Sector público. Esto es una novedad de la Ley 40/2015, anunciada dentro de la regulación específica de la Administración General del Estado (por cierto, me parecía más deseable a todas luces la existencia de una normativa específica para la AGE como era la LOFAGE que la presente situación en que una Ley reguladora del «sector público» en general, lo es también de la AGE) y que se extiende en sus efectos también a las entidades locales.

Las previsiones de la Ley 40/2015 conectan claramente con la directriz que ya comenzó en la segunda legislatura del presidente Rodríguez Zapatero, de recortar (disminuir) el número de entidades públicas y sociedades mercantiles

dependientes de las Administraciones Públicas, y que ha tenido en la primera legislatura del Presidente Rajoy un recorrido realmente sustantivo, no antes en donde las reducciones no pasaron de la categoría de lo anecdótico. Todo ello porque a esa pluralidad (creciente en número) de entidades públicas y privadas se les hacía responsables en buena medida del déficit público de las Administraciones Públicas, comenzando por el de la AGE. En el Informe correspondiente a 2015 tuve ocasión de referirme a los informes de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) en relación, singularmente, a las entidades públicas y sus sectores públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, y a lo que en dichos informes se contenía sobre los procesos de reducción (débiles, en líneas generales) habidos entre nosotros. Durante 2016 no ha aparecido ningún informe de la CORA debido a la existencia del Gobierno en funciones, pero es evidente que continúa en pleno vigor la directriz política indicada y que, además, existen signos inequívocos de que se prepara la aprobación de textos normativos relativos al control interno que debe tener lugar en el ámbito de las entidades locales sobre su sector público. Muy probablemente, auguro, volverán a aparecer estos informes referidos a una situación que en el ámbito estatal se habrá detenido durante 2017, aun cuando no debería haber sucedido así para el resto de entidades públicas[9].

3. La pervivencia de la necesidad de la reforma del régimen local y algunos ejemplos sobre ello producidos en los últimos tiempos en el debate político. La declaración de inconstitucionalidad del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos (en Guipúzcoa), agudiza, desde el importante ángulo de la financiación, esa necesidad de reforma

Durante este atípico año 2016 han sucedido también algunos acontecimientos que dan idea de la prosecución, aun en débiles términos, del debate sobre la necesaria reforma de los gobiernos locales. Creo que dentro de esa categoría deben considerarse los acuerdos que entre algunas fuerzas políticas se produjeron a

9 En relación a lo que se indica en el texto, en la p. 34 del documento *Actualización del Plan Presupuestario 2017* antes citado puede leerse que: «se está trabajando en un proyecto de Real Decreto por el que se regula el régimen jurídico de control interno en las Entidades Locales del Sector Público, con el que se pretende dotar a las Entidades Locales de una estructura de control interno basada en la independencia funcional, acorde con estándares técnicos y metodológicos generalmente aceptados, tomando como referencia el modelo de la Intervención General de la Administración del Estado, sin perjuicio del respeto al principio de la autonomía local y a su capacidad para autoorganizarse».

efectos de, en un caso, intentar infructuosamente la formación de un Gobierno (el pacto PSOE-Cs de febrero de 2016) y el pacto (este terminado con éxito) entre PP-Cs que tuvo lugar en agosto de 2016. Un sujeto político es el mismo en ambos; no los otros dos. Quizás ello pueda explicar la muy diferente textura de ambos acuerdos en relación a la materia que nos interesa.

Así, en el primero de ellos (titulado «Acuerdo para un Gobierno reformista y de progreso») y dentro de las medidas de reforma de la Constitución (reforma constitucional postulada y que tenía un evidente peso en este documento) se contenía la siguiente:

> Supresión de las Diputaciones Provinciales de régimen común y creación de Consejos Provinciales de Alcaldes para la atención al funcionamiento y la prestación de servicios de los municipios de menos de 20.000 habitantes de la provincia respectiva.

Medida directa, radical, y que era perfectamente incardinable dentro del programa político con que Cs concurrió a las elecciones celebradas el 20 de diciembre de 2016 (no en el programa político del otro suscribiente del pacto, el PSOE). Supresión de las Diputaciones Provinciales lo que, obviamente, y dado el taxativo contenido del art. 141 CE (y la jurisprudencia constitucional que desde la Sentencia de 28 de julio de 1981 lo aplicaba) suponía imprescindiblemente la reforma de la Constitución. Y sustitución de la institución provincial por unos denominados «Consejos Provinciales de Alcaldes» (no se especificaba si, realmente, los mismos se incorporarían también a la Constitución, pues la supresión operada en la CE podría ir acompañada de una mera remisión a la legislación ordinaria para que regulara las medidas organizativas sustitutivas) con configuración bien limitada, alejados desde luego de cualquier proceso electivo (al menos directo) y destinados a atender a pequeños Municipios, los que tuvieran una población menor de 20.000 habitantes (en Aragón, por cierto, solo cuatro, las tres capitales de provincias y Calatayud)[10] superan esta cifra.

Esto era parte de algo más que un pacto de investidura puesto que el título hacía referencia específicamente a un «Gobierno» con las características de reformista y de progreso, identificándose, por tanto, por ambos sujetos políticos suscribientes del pacto el reformismo y el progreso con la supresión de las Dipu-

10 Por cierto que la población del Municipio de Calatayud ha sido controvertida últimamente. El INE dio como población en el año 2016 la de 19.724 habitantes, pero ello generó una reacción del Ayuntamiento indicando que esas cifras estaban mal calculadas por lo que anunció la presentación de un recurso contencioso-administrativo contra las mismas. Finalmente las cifras del INE, oficiales, ofrecen 20.191 habitantes, a 1 de enero de 2016, para este municipio.

taciones provinciales «de régimen común» (no, por tanto, de los Territorios Históricos del País Vasco). Luego en términos de pura lógica semántica y siguiendo el dictado del documento que se resume y comenta, el mantenimiento de las Diputaciones Provinciales, en esos términos, es lo que corresponde a Gobiernos que no sean reformadores y de progreso.

Es sabido que este pacto no tuvo recorrido pues para poder ser eficaz precisaba numéricamente de la incorporación de otro actor político (el partido «Podemos») y ello se demostró imposible por causas cuyo comentario es necesariamente ajeno al contenido necesario de este Informe.

Pues bien, el nuevo pacto que, este sí, dio lugar a la posibilidad de éxito en una investidura y a la formación de Gobierno, fue el celebrado en septiembre de 2016 entre PP-Cs y titulado «150 compromisos para mejorar España». Este pacto debe ser leído en el tema que nos ocupa como el envés de la afirmación producida solo unos meses antes por el mismo actor político, Cs, pues, ni más ni menos, lo que significa es una afirmación, sin medias tintas, de la pervivencia de las Diputaciones Provinciales, de todas ellas. Este es el texto a considerar que se presenta como un compromiso sobre la configuración de las Administraciones Públicas, para las que se quiere:

> La reforma de las Administraciones Públicas, en particular, de las locales, para asegurar la eficacia y la eficiencia del servicio al interés general que garantice la igualdad básica de su disfrute por todos los españoles. Eliminar las duplicidades administrativas y los organismos innecesarios. En particular, promoveremos las reformas que garanticen una prestación eficiente y racional de las competencias y servicios prestados por todos los niveles administrativos (Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y los entes locales, *incluidas las Diputaciones*). El objetivo es generar ahorros que se destinarán, a medida que se vayan produciendo, a políticas sociales y medidas para la mejora de la competitividad. En todo caso, ninguna de las actuaciones pondrá en riesgo los servicios públicos que prestan estas administraciones a los ciudadanos y especialmente los que benefician a los 15.000.000 de españoles que viven en municipios de menos de 20.000 habitantes.

Es bien fácil observar que la reforma que se pretende de las Administraciones Públicas presupone evitar duplicaciones administrativas (lo que puede significar, aunque no necesariamente, posibles reordenaciones de competencias y servicios prestados por todas ellas), pero lo que tiene que destacarse necesariamente (el resalte tipográfico contenido en el párrafo reproducido del documento es, evidentemente, mío) es que los servicios prestados por todos los niveles administrativos y que van a caminar hacia una prestación «eficiente y racional» de ellos incluyen los de las Diputaciones; «incluidas las Diputaciones», se dice expresamente, con un añadido que suena a corrección de última hora –o no–, pero que no es en absoluto baladí.

Como indico, estas cuestiones deben destacarse necesariamente dentro de un Informe como este en el que las referencias a lo más notable sucedido en 2016 son por razones naturales menores, sí, aunque no despreciables y creo que en este caso, lo entresacado es de imprescindible conocimiento[11]. Porque también de lo menor se deducen conclusiones y entran de lleno en esa línea de adivinanza del porvenir sobre la que debemos discurrir.

La mención a la reforma de la Constitución que se ha producido en el contexto del primero de los documentos citados permite concluir también en que la misma y como hecho político, se ve cada vez más alejada y dudo –no dudo, me corrijo, estoy seguro de ello– que en esta legislatura se dé algún paso en esa dirección. La fragmentación política evidente (excepto en el Senado) y la posibilidad de que en cualquier reforma –configurada amplia o estrictamente– un 10% de los Diputados pueda promover un referéndum tal y como se indica en la Constitución (vid. su expresivo art. 167.3), hace que hoy por hoy quede fuera de consideración tal posibilidad[12]. Es claro que el procedimiento de reforma constitucional presente en la CE deja atada y bien atada la práctica imposibilidad de la reforma, por más que haya decenas de argumentos que deberían inducir a un trabajo o, al menos, una exploración de esa índole y solo las hipotéticas derivadas –auténticamente imprevisibles– del «conflicto catalán» (simplifiquémoslo de esa forma) podrían inducir en una situación de auténtica crisis y consiguiente catarsis, a una reforma constitucional limitada en su objeto y llamada a ser complementada, quizá, por otra reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (que también es norma estatal, pues se aprueba por Ley Orgánica, no se olvide eso).

Y dejando de lado temas y argumentos superestructurales, desde la perspectiva del régimen local es bien evidente que la necesidad de una reforma (que no

11 En ese sentido creo que conviene destacar en este lugar un trabajo doctrinal, muy valiente y hasta arriesgado en sus conclusiones, podríamos decir, que propone la supresión de las Diputaciones Provinciales. Es el de M. SÁNCHEZ MORÓN titulado, interrogativamente, «¿Deben suprimirse las Diputaciones Provinciales?» aun cuando su contenido no deja lugar a dudas sobre la posición de este autor en relación al problema sobre el que plantea una especulación de contenido intelectual. Vid. el estudio en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 65 (enero de 2017), pp. 46-51.

12 En este punto conviene recordar que una de las claves que explica la reforma constitucional de septiembre de 2015 del art. 135 de la CE, es que en aquel momento no se alcanzaba el 10% de los Diputados del Congreso por la suma de todos los diputados fuera de los pertenecientes a los grupos parlamentarios socialista y popular. Tardará –si llega– en producirse la misma situación, lo que permite agrupar argumentos en la línea de la práctica imposibilidad de que se asuma a corto plazo una reforma de la CE, aun cuando fuera limitada y no llegara a los supuestos en los que el referéndum es no solo potestativo (a la voluntad del 10% mencionado) sino obligatorio por la trascendencia objetiva de la materia a reformar.

hace imprescindible tocar la Constitución) es cada vez más perentoria, aunque difícilmente abordable en estas circunstancias de contexto político. La LRSAL intentó una solución (equivocada) y ha fracasado casi completamente en ese camino (afortunadamente). Pero los problemas siguen y cada vez existen más datos y signos de la necesidad de un planteamiento (y resolución) del problema y, además, con profundidad.

En un tema que no es anecdótico aflora otra vez esa necesidad de reforma. Y no es anecdótico cualquier hecho que se refiera a la financiación de los gobiernos locales. Ello sucede con ocasión de la aparición de las SsTC 26/2017, de 16 de febrero y 37/2017, de 1 de marzo (no publicadas todavía en el *BOE* en el momento en que se redactan estas páginas), mediante las que se resuelven cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, respectivamente, por un Juzgado de lo contencioso-administrativo de Donostia (San Sebastián) y por otro de Vitoria-Gasteiz en relación, también respectivamente, con la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Guipúzcoa y con la Norma Foral 46/1989, de 19 de julio, del impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana del territorio histórico de Álava. Se decide en estas Sentencias por el TC que esas Normas, en una posible forma de aplicación, son contrarias al principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 CE.

Y ello porque las Normas Forales citadas (coincidentes en su texto con lo que indican en el ámbito de la normativa del Estado los arts. 104-107 del TRLHL de 2004) someten a tributación también las plusvalías (teóricas) que se deduzcan de los valores catastrales y aun con independencia de que en la realidad el precio de venta del inmueble afectado pueda ser inferior a aquel por el que se adquirió[13]. Esa es la situación, por cierto, de decenas de miles de transferencias de viviendas ocurridas durante la crisis económica uno de cuyos signos distintivos ha sido el fortísimo hundimiento del precio de la propiedad inmueble, tras la burbuja inmobiliaria de los primeros años del siglo XXI.

13 La declaración de inconstitucionalidad es en relación a la aplicación de unos preceptos cuando se pretenda hacer a situaciones en donde no hayan existido, realmente, incrementos de valor. Es decir, el impuesto en sí mismo es ajustado a la Constitución cuando haya realmente plusvalías, no en caso contrario. En las sentencias se afirma también que es constitucional acudir a tablas de incrementos ficticios para calcular el valor del impuesto, pero siempre y cuando se admita prueba en contrario a través de la cual se intente demostrar por el sujeto pasivo que ha habido pérdidas y no plusvalías. Porque si estamos ante una situación de pérdida, se infringe el básico principio constitucional de sujeción del sistema impositivo al principio de capacidad contributiva. Sobre estas Sentencias vid. los comentarios de urgencia de Diego Marín-Barnuevo Fabo, en el blog del Instituto de Derecho Local de la Universidad Autónoma de Madrid http://www.idluam.org/blog/.

Es claro que el pronunciamiento de inconstitucionalidad no afecta (ni podría afectar) al TRLHL pero, sin duda, esos pronunciamientos no tardarán también en llegar a él en función de los varios procedimientos judiciales que, se dice, están pendientes de resolución definitiva por los tribunales, siendo más que previsible que estos aplicarán a cada caso lo que pueda deducirse de estas Sentencias.

Las consecuencias concretas de estas nuevas Sentencias que se anuncian (y de las que se originarán a través de nuevos recursos cuando se difunda el conocimiento de las ya publicadas del TC), serán probablemente las de la necesidad de devolver los ingresos indebidamente percibidos por los Ayuntamientos durante el plazo de prescripción del impuesto. Su cuantificación puede ser muy importante y colocará a los Ayuntamientos (a muchos) en una situación casi de quiebra técnica que hace muy previsible una intervención estatal a corto y a medio plazo para viabilizar su actuación imprescindible y, sobre todo, un replanteamiento de la regulación de este impuesto y, en general, de la financiación local. Cuestión esta última que se escribe, claro está, como la expresión de un deseo.

4. De nuevo sobre la evolución del número de funcionarios públicos. Se reanuda la disminución (interrumpida en 2015) del número de funcionarios de las entidades locales

Apuntaba en el pasado Informe (de 2015) que se había invertido durante 2015 en el plano tanto de las entidades locales como en el de las CCAA la tendencia a la reducción del número de funcionarios iniciada años antes y sustentada en distintas medidas tales como una baja tasa de reposición en la mayor parte de los servicios atendidos por empleados públicos, si bien hacía notar cómo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016 se elevaba notablemente la tasa de reposición para un buen montón de supuestos. Eso que señalaba para 2015, no vuelve a tener lugar para 2016, al menos con las cifras oficiales conocidas a 1 de julio de 2016. Está por ver qué sucederá en el conjunto del año, pero eso no se conocerá, si se sigue la tradición de presentación de datos sobre esta importante cuestión, antes de, aproximadamente, mayo o junio de 2017.

Y lo que ha sucedido es que en el ámbito de las entidades locales, y después de la ligera elevación de personal público que sucedió en 2015 tanto para los Ayuntamientos como para las Diputaciones Provinciales, se vuelve la tendencia a la baja en ambos casos. Ello contrasta con las cifras que se ofrecen para las CCAA en donde continúa la elevación del número de empleados públicos que ya se constató en 2015[14].

14 Probablemente hay que conectar esta tendencia de reducción del personal de las entidades locales con la consolidación de la ausencia de déficit en estas y el aumento en las CCAA con

Igualmente continúa la tendencia de disminución del número de empleados públicos de la Administración General del Estado (eso ya sucede desde 2011) y, justo lo contrario, el imparable camino hacia delante (entendiendo por tal el aumento de personal) de las Universidades Públicas que, como expliqué en el informe de 2015, puede estar apoyado en la notable elevación en todos los lugares de la contratación de personal «barato» (entendiendo por tal a la categoría de los profesores asociados, con o sin dedicación plena), en lugar de la consolidación del personal permanente, obstaculizado ello por las restricciones –hasta ahora– de la configuración de la tasa de reposición. La fuente consultada no permite precisiones en este terreno y solo me puedo guiar por la intuición derivada de la observación personal.

CUADRO 1

Personal al servicio de las Administraciones Públicas. España

(Evolución de 1-1-2008 a 1-7-2016)

	2008	2009	2010	2011	2012	1-7-13	1-7-14	1-7-15	1-7-16
AGE	561.551	583.447	597.021	579.892	567.263	579.892	540.462	531.324	524.314
Univ.	97.489	102.894	103.653	103.106	154.768	150.074	148.697	149.967	152.548
CCAA	1.260.575	1.300.232	1.332.844	1.348.492	1.351.863	1.281.373	1.277.212	1.284.819	1.298.132
Aytos.	540.847	549.442	580.869	573.223	526.248	487.997	495.664	514.518	486.962
Dip.	82.367	80.063	77.036	74.265	70.964	61.013	60.596	62.159	60.863
TOT.	2.582.846	2.659.010	2.680.219	2.690.099	2.636.181	2.547.720	2.522.631	2.542.787	2.522.819

FUENTE: Diversos números del *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas* y elaboración propia (el resalte tipográfico es mío).

Ello determina, finalmente, que el número total de empleados públicos a fecha 1 de julio de 2016 sea muy parecido al de hace dos años pudiendo pronosticarse que la tendencia estable (globalmente considerada), entendiendo por tal a insignificantes aumentos o disminuciones porcentualmente hablando, puede ser la característica de las cifras que aparezcan en el futuro y a más de un año vista[15].

su imposibilidad de cumplir los compromisos de reducción del déficit. Vid. sobre ello las cifras que proporciono en el punto segundo de este apartado y las menciones que un documento gubernamental oficial hace al aseguramiento que la ausencia del déficit en las entidades locales representa para la tendencia a la baja del déficit en el conjunto de las Administraciones Públicas.

15 Según indican los medios de comunicación en los días en que cierro este informe, el Gobierno de la Nación se propone elevar notablemente la Oferta de Empleo Público a realizar

Reflejo a continuación en el CUADRO 2 las cifras relativas a la evolución del empleo público en Aragón, aunque su lugar natural, conforme a la división estructural que se sigue tradicionalmente en este Informe, sería en su apdo. II, pero en este lugar hay una congruencia de tratamiento evidente con lo ya indicado en relación al número global de empleados públicos. Como se puede observar en dicho cuadro la mecánica seguida para confeccionarlo tiene en cuenta las cifras entre el 1 de enero de 2008 y el 1 de julio de 2016, distinguiendo provincias y poniendo en negrilla en la primera fila las cifras iniciales y definitivas del período indicado y también la consiguiente evolución porcentual.

CUADRO 2

Personal al servicio de las Administraciones Públicas. Aragón
(de 1-1-2008 a 1-7-2016, variación total y variación porcentual)

	AGE		CAAr		Administración Local		Universidad Zaragoza	
Aragón	**24.271-22.020**	**-9,3%**	**40.531-44.823**	**+12,0%**	**18.132-17.594**	**-3,0%**	**4.034-5.859**	**+45,2%**
Huesca	3.627-3.033	-16,4%	7.533-8.151	+8,2%	4.095-3.917	-4,3%	(s.d 2008)	482
Teruel	1.649-1.365	-17,2%	6.043-6.768	+ 12,0%	2.728-2.636	-3,4%	(s.d. 2008)	262
Zaragoza	18.995-17.622	-7,2%	26.955-29.904	+10,9%	11.309-11.041	-2,4%	(s.d. 2008)	5.115

FUENTE: *Boletín Estadístico del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas* y elaboración propia (el resalte tipográfico es mío).

Con esas premisas, entonces, los porcentajes son negativos en el caso de la AGE y en las Entidades Locales, y positivos en el supuesto de la Administración autonómica y en el de la Universidad de Zaragoza. Si se realizara la comparación con el cuadro publicado en el Informe correspondiente al año 2015 (en el *Anuario* anterior, publicado en 2016) se podría observar cómo continúa, imparable, el proceso de descenso de empleados públicos en el ámbito de la AGE y de las

en 2017 hasta alcanzar cifras parecidas a la de 2008, que fue la más alta hasta ahora conocida. Claro que ello precisa de la aprobación de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, cosa que en el momento en el que se cierra el informe, no está asegurada pues todavía no se conoce el Proyecto de Ley ni, en su caso, quiénes serían los actores políticos (debe ser más de un grupo parlamentario quien se sitúe en la votación positiva a los Presupuestos para que estos sean aprobados finalmente) que lo apoyarían. En ese contexto de ausencia de presupuesto y de las consiguientes limitaciones que ello lleva consigo, puede recordarse cómo una primera consecuencia ha sido la suspensión en varias CCAA (entre ellas Aragón) de las convocatorias que estaba previsto realizar a varios cuerpos de funcionarios de la enseñanza no universitaria).

entidades locales (que se acentúa porcentualmente respecto a las anteriores cifras), pero ha habido incrementos sustantivos de empleados públicos en el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma y de la Universidad de Zaragoza (notándose también en estos casos ese fuerte aumento porcentual respecto a las cifras que proporcioné en el Informe correspondiente a 2015).

II. LA SITUACIÓN EN ARAGÓN SIGUE MARCADA, GLOBALMENTE, POR LOS RESULTADOS ELECTORALES Y LA AUSENCIA DE NÍTIDAS MAYORÍAS POLÍTICAS EN LAS DOS PRINCIPALES INSTITUCIONES: AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA Y COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN. PROBLEMAS PRESUPUESTARIOS Y FUTURA LEY DE CAPITALIDAD

Me introduzco ahora de lleno en consideraciones propias de lo sucedido en relación a las entidades locales en Aragón y más allá de lo ya mencionado en el primer apartado del Informe.

En ese terreno lo primero que hay que destacar es que aun cuando en la Comunidad Autónoma sí que ha existido un Gobierno en el pleno ejercicio de sus competencias y lo mismo puede decirse en el caso de las entidades locales, la observación de lo sucedido en el ámbito autonómico y también en la primera de las instituciones locales aragonesas, el Ayuntamiento de Zaragoza, indica que muchas de las reflexiones sobre la inestabilidad política y las consecuencias sobre la falta, en muchos casos, de tangibles resultados y que he realizado en el primer apartado referidas al Gobierno de la Nación, pueden también ser trasladadas al plano aragonés aun cuando, claro está, con algunas adaptaciones y precauciones conceptuales derivadas, precisamente, de que aquí no ha habido en ningún caso gobiernos «en funciones».

Así es constatable cómo en el Ayuntamiento de Zaragoza la aprobación de los presupuestos para 2017 fue francamente difícil y tardó en alcanzarse el pacto político para ello. Todavía, y en el momento de concluir este Informe, no ha terminado el procedimiento de aprobación de dichos presupuestos. Y en el ámbito de la Comunidad Autónoma parece haberse alcanzado ya el pacto para que estos presupuestos se aprueben cosa que, de no surgir nuevos inconvenientes, podría tener lugar en el mes de mayo iniciándose luego la ejecución de los mismos[16].

16 Fijación de fecha que la hago pensando en que pronto pudiera llegar a las Cortes de Aragón el proyecto de Ley que iniciara la correspondiente tramitación y teniendo en cuenta el tiempo habitual para la presentación de enmiendas, celebración de debates (comenzando por el

Quizá de lo más resaltable dentro de la iniciación del clima de acuerdos que, parece, contemplan los primeros días del mes de marzo de 2017, sea el pacto alcanzado entre el Presidente de la Comunidad Autónoma y el Alcalde de Zaragoza para dar viabilidad a la llamada «Ley de Capitalidad», pendiente desde hace bastante tiempo, al menos desde que el Estatuto de Aragón de 2007 (art. 87) se refirió a la misma como texto en donde se concretaría un «régimen especial» para la capital de Aragón. Sin conocer ningún documento sobre dicha Ley (ni, por supuesto, borrador de Ley) y fiado solo en las informaciones de los medios de comunicación, parece claro que el régimen especial se traduce –sobre todo y ante todo– en un acuerdo de financiación cuyas cantidades, según se dice, se cifran en ocho millones de euros y alguna cantidad más de la habitual en la relación a convenios que ya vienen tradicionalmente celebrándose. Si esto es así y con el riesgo evidente del error (que no sería propio), resulta difícil explicar que esas cantidades (en nada elevadas sin que puedan calificarse de anecdóticas tampoco, pensando en los momentos de restricciones económicas que se viven) puedan haber sido obstáculo para diferir durante tanto tiempo la suscripción de acuerdos entre las instituciones interesadas, teniendo en cuenta que esas cifras deberán insertarse en un presupuesto de la Comunidad Autónoma de Aragón de alrededor de cinco mil millones de euros (como parece que será la cifra previsible de los presupuestos para 2017).

Por lo demás, los principales acontecimientos en el ámbito de funcionamiento de las entidades locales aragonesas han tenido lugar en torno a los debates sobre la llamada «remunicipalización» de algunos servicios en el Ayuntamiento de Zaragoza[17]. Denominación evidentemente impropia, puesto que los servicios de los que se habla –si lo son– siempre serán «municipales», tanto sean desempeñados mediante gestión directa (por el propio aparato municipal, aun contando con una organización específica para ello) como por gestión indirecta (en el marco de un contrato de concesión de gestión de servicio público o de servicios, problemática esta de la naturaleza jurídica contractual planteada úl-

seguro de totalidad), etc... Y, obviamente, contando con que no se produzcan interrupciones por motivos de índole política. Por su parte la especulación sobre la ejecución del presupuesto así aprobado no debería olvidar que en septiembre de 2016 ya se detuvo por orden expresa el proceso de ejecución del presupuesto del momento.

17 Resulta esencialmente difícil separar en el plano del razonamiento lo sucedido en el «régimen local» aragonés de los acontecimientos relativos al Ayuntamiento de Zaragoza. Lamentablemente, el resto de instituciones locales –con la excepción de las diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos capitales de provincia– no tienen casi ocasión, por limitaciones naturales, de presentar debates, proyectos, iniciativas, del estilo de las dables (y pensables) en torno a la capital de la Comunidad Autónoma.

timamente en la normativa europea –y en su forma de transposición en España– y en la que no debo introducirme). En todo caso y al margen de la semántica (muchas veces importante, aunque no siempre en el plano de las estrictas consideraciones jurídicas que aquí pueden hacerse), es claro que este tema de la «remunicipalización» constituye bandera destacada de la fuerza política que gobierna el municipio de Zaragoza y es comprensible, por tanto, que en torno a la misma se haya desarrollado buena parte de su acción política. E, incluso, de la judicial, puesto que la decisión de municipalización de un servicio (el 010) fue seguida de recursos (de una patronal y de la Delegación del Gobierno) ante la jurisdicción contencioso-administrativa habiendo suspendido el juzgado competente la actuación municipal. No se conocen en el momento que se concluye la redacción de este informe, nuevas propuestas de asunción de la gestión directa por parte del aparato municipal de algún otro servicio en este momento gestionado indirectamente[18].

Por otra parte no se ha producido ningún tipo de legislación en el ámbito de la Comunidad Autónoma que tenga alguna incidencia especial sobre el régimen local, por lo que en este ámbito basta con esa referencia negativa[19].

Con todo ello paso a hacer algunas consideraciones específicas sobre la evolución de la población aragonesa y la conexión con el régimen municipal. Y a continuación dedicaré un punto especial a las resoluciones relativas al régimen local que se aprobaron en el marco del llamado «debate sobre el estado de la Comunidad Autónoma». Nada en las mismas es especialmente destacable, pero es la única concreción durante 2016, de la doctrina (o más bien posición) de los grupos políticos aragoneses, en torno al régimen local.

18 En el plano del tratamiento doctrinal de estas cuestiones remito al núm. 43 de la revista *Cuadernos de Derecho Local* (febrero de 2017), monográfico sobre «la remunicipalización de los servicios públicos locales». Es advertible cómo las cuestiones de remunicipalización se centran en España, sobre todo, en los servicios públicos del agua (abastecimiento, depuración) siguiendo la traza realizada hace años con la asunción por las ciudades de Berlín y París de la gestión directa en esas materias.

19 No obstante es adecuado señalar cómo algunas Leyes de corte «social» (correspondiendo a la materia sobre la que ha mostrado atención casi monográfica el parlamento aragonés durante 2016) tienen una clara conexión con competencias o interés municipal en esas cuestiones. Sin más referencias me parece apropiado remitirme aquí a las Leyes 9/2016, de 3 de noviembre, de reducción de la pobreza energética de Aragón, 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón y 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario.

1. Continúa la pérdida de población de Aragón según las cifras del último padrón de habitantes de 1 de enero de 2016. La despoblación en un contexto nacional pero fuertemente acentuada en Aragón

Desde el comienzo de la publicación de este Informe general en el Anuario (ambos hechos de 2009) creí y sigo creyendo que una valoración periódicamente realizada sobre la evolución del régimen local en Aragón, precisa imprescindiblemente del conocimiento de la evolución de la población total y su distribución en Municipios. Ello porque solo una determinada base poblacional permite que las entidades municipales puedan ser, realmente y no sólo en la teoría, proveedores de servicios para sus habitantes.

Creo que ello no tiene discusión posible y cualquier propuesta o debate sobre el papel del municipalismo en Aragón tiene que partir de estos datos previos. Datos que el discurrir de los años ha demostrado continuadamente como muy preocupantes y no va a ser tampoco el año 2016 en el que se interrumpa esta tendencia sino todo lo contrario: es un año en el que se afirma y se exacerba el proceso de despoblación (general) de Aragón que se ceba en particular en sus pequeños municipios. Ni siquiera se salva el municipio capital de Aragón, Zaragoza, en el que continúa también el imparable proceso de pérdida de habitantes que ya se inició hace años y no sólo en provecho de algunos pujantes municipios vecinos (el caso más relevante es el de Cuarte de Huerva[20]) sino como pérdida neta, con independencia de los vasos comunicantes que puedan establecerse con ciertos municipios vecinos (no con todos).

El CUADRO 3 que se refleja a continuación muestra una serie de datos sobre diversos ámbitos territoriales en donde la pérdida de población es relevante. Lo es para el conjunto de España, donde en solo seis años se ha dado una reducción de población de prácticamente el 1%; pero comparativamente Aragón multiplica esa pérdida por casi tres (2,86%) siendo todas las cifras parciales que se ofrecen de signo negativo, excepto el fenómeno, creo que anecdótico, de la ciudad de Teruel, donde existe un leve incremento poblacional que, eso sí, contrasta con el fortísimo hundimiento demográfico de la provincia del mismo nombre (-5,71%) en los pocos años considerados[21].

20 Con 12.581 habitantes en 2016 y multiplicando por cuatro su población en los últimos diez años. Obviamente un fenómeno no solo único en Aragón, sino en España y que, por tanto, debe ser justamente destacado.

21 El tema de la provincia de Teruel es recurrente y a veces hasta desesperanzador. Como los datos parciales que sobre hechos acontecidos en esta provincia pueden reseñarse. Por ejem-

La capital oscense consigue mantener ligeramente por encima de los 50.000 habitantes su población, pero también en la provincia de Huesca se da una más que apreciable reducción (-3,28%) fenómeno de reducción poblacional en el que, como parece no podía ser de otra forma, le acompaña la provincia de Zaragoza (-2,34%).

CUADRO 3

Evolución de la población de 2010-2016

POBLACIÓN	1-1-2010	1-1-2011	1-1-2012	1-1-2013	1-1-2014	1-1-2015	1-1-2016	%10-16
España	47.021.031	47.190.493	47.265.321	47.129.783	46.771.343	46.624.382	46.557.008	-0,99%
Aragón	1.347.095	1.346.293	1.349.467	1.347.150	1.325.385	1.317.847	1.308.563	-2,86%
Huesca P.	228.566	228.361	227.609	226.329	224.909	222.909	221.079	-3,28%
HuescaC.	52.347	52.443	52.296	52.418	52.555	52.239	52.282	-0,12%
Teruel P.	145.277	144.607	143.728	142.183	140.365	138.932	136.977	-5,71%
Teruel C.	35.241	35.228	35.841	35.841	35.675	35.590	35.564	+0,91%
Zaragoza P.	973.252	973.725	978.130	978.638	960.111	956.006	950.507	-2,34%
Zaragoza C.	675.121	674.725	679.624	682.004	666.058	664.953	661.108	-2,08%

FUENTE: los datos extraídos de los RRDD que aprueban cada año el padrón de habitantes con referencia al 1 de enero y propia elaboración. El último RD aprobado es el 636/2016, de 2 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2016 (*BOE*, 304, 17 de diciembre de 2017). El resalte tipográfico es mío.

Los datos anteriores son, como anuncié, más que preocupantes, y su comprensión completa debería estar acompañada por otros varios para tener una visión más total del fenómeno que está sucediendo frente a nuestros ojos, aunque muchas veces se calle sobre el particular y el debate político solo conozca referencias tangenciales a una cuestión que debería ser preocupación primordial de todos.

plo, distintas informaciones en medios de comunicación aparecidas en 2016 de la mano de la llamada «crisis del carbón» informan de la pérdida de 1500 habitantes en las cuencas mineras desde que empezó dicha crisis en 2011. Imaginar lo que puede suceder a partir del próximo año, 2018, cuando llegue finalmente el cese de cualquier subvención a la minería del carbón según las prescripciones europeas, es fácil. Y lo que es evidente es que al menos hasta el momento, no ha surgido ninguna alternativa económica que permita una compensación de tal pérdida demográfica siendo claro que los sucesivos planes financiados con medios económicos del Estado para impulsar actuaciones en la provincia de Teruel, no han tenido éxito.

Uno de estos datos complementarios lo sería el de la estructura de la población por edades. El Cuadro que se refleja a continuación está extraído del documento *Datos Básicos de Aragón 2016*, publicación del Instituto Aragonés de Estadística y que puede obtenerse en su página web. Para examinarlo hay que tener en cuenta que el IAE ha trabajado con datos de 2015, y no de 2016, como los que he reflejado en el CUADRO 3. Pero aun teniendo en cuenta esta pequeña diferencia de perspectiva (de actualización), lo más notable del mismo es poder apreciar que la población de Aragón está bastante más envejecida que la del resto de España, lo que hace previsible (asegurable) que no va a haber una recuperación demográfica en Aragón contando solo con impulsos surgidos de su población actual sino que esa recuperación tendrá que proceder esencialmente «de fuera»[22].

Estructura de la población por edad y sexo. Año 2015

	ARAGÓN				ESPAÑA			
	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	%	TOTAL	HOMBRES	MUJERES	%
0 a 14 años	185.289	95.237	90.052	14,06	7.019.924	3.607.326	3.412.596	15,06
15 a 34 años	278.448	142.843	135.605	21,13	10.533.437	5.336.723	5.196.714	22,59
35 a 54 años	415.553	213.993	201.560	31,53	15.011.850	7.591.562	7.420.288	32,20
55 a 64 años	161.260	80.274	80.986	12,24	5.485.186	2.678.498	2.806.688	11,76
65 a 84 años	227.194	103.100	124.094	17,24	7.271.240	3.252.586	4.018.654	15,60
85 y más años	50.103	17.240	32.863	3,80	1.302.745	423.686	879.059	2,79
Total	**1.317.847**	**652.687**	**665.160**	**100**	**46.624.382**	**22.890.383**	**23.733.999**	**100**

UNIDAD: número de habitantes.

FUENTE: Instituto Aragonés de Estadística con datos del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2015.

También puede echarse mano entre los distintos datos complementarios a tener en cuenta, a aquellos extraídos de la evolución de la población escolar. De otra publicación oficial en Aragón, extraigo el siguiente cuadro en donde se refleja la variación de esa población escolar de 1 de enero de 2011 al curso 2014-

22 Con población atraída por necesidades de cubrir puestos de trabajo derivados de nuevas inversiones, por ejemplo. Eso es lo que permitió una cierta recuperación de población en Aragón (y de rejuvenecimiento de la misma) durante los años anteriores a la crisis económica, proceso que aún se prolongó un tiempo durante la misma (vid. Informes relativos a 2010, 2011 en el *Anuario* correspondiente a esos años).

2015. Son datos atrasados, otra vez, sobre los que reflejo en el CUADRO 3 pero plenamente confirmatorios de lo que es advertible en ese cuadro y, además, premonitorio de que el siguiente que pueda confeccionarse en 2018 (remito al informe que se publicará en el siguiente número del *Anuario*), arrojará «peores» resultados.

Demografía y educación en Aragón. Tabla 1-3
Población en edad escolar

	1/1/2011	1/1/2012	1/1/2013	1/1/2014	1/1/2015	VARIACIÓN 2015/2014
0 a 4 años	65.361	65.294	63.770	61.547	59.905	-1.642
5 a 9 años	61.644	62.788	64.297	64.599	64.814	215
10 a 14 años	57.663	58.710	59.345	59.555	60.362	807
15 a 19 años	59.518	59.232	58.531	57.466	57.117	-349
TOTAL	244.186	246.024	245.943	243.167	242.198	-969

FUENTE: Instituto Aragonés de Estadística.

Del cuadro que se acaba de transcribir[23] creo que hay que fijarse, sobre todo, en la evolución de la población escolar de 0 a 4 años, ámbito temporal en que la caída del «censo» es más que sustantiva y porcentualmente del 2,5% según mis cálculos y relativa a los años que indico. Es también advertible cómo en edades superiores (entre los 5 y los 14) los datos son positivos en cuanto que los aumentos de alumnado reflejan, sobre todo, a niños nacidos o venidos aquí en los años en donde la actividad económica previa a la crisis permitió atraer población en edad de procrear. Pero el fuerte impacto se produce en ese círculo de 0 a 4 años lo que permite deducir fácilmente consecuencias difícilmente remediables en el ámbito de la pura política escolar (construcción de centros, ratios, extensión de los conciertos educativos etc...) y cuya extrapolación y congruencia con la pérdida de población total de Aragón que acabamos de contemplar en el CUADRO 3 que es del 2,86% (aun con parámetros temporales ligeramente distintos), resulta más que preocupante.

Todo lo indicado en los párrafos anteriores guarda plena congruencia con la aparición en 2016 de un libro, resultado del trabajo de un autor que trabaja

23 El cuadro que se transcribe *supra* está extraído del el *Informe 2016 sobre la situación del Sistema Educativo en Aragón*, que elabora el Consejo Escolar de Aragón y que puede consultarse en su página web, y que, a su vez, tiene como fuente al Instituto Aragonés de Estadística.

en Aragón, que ha alcanzado una relevancia nacional indiscutible y que tiene un título bien sugerente y no limitado al tejido poblacional y territorial aragonés: *La España vacía. Viaje por un país que nunca fue*, Madrid, Turner Noema, 2016. La obra de Sergio del Molino, que es el nombre del autor que trato, de indiscutibles méritos literarios acompañada de un aparato de documentación considerable, ha tenido un éxito de público impresionante para un libro de ensayo teniendo en cuenta, además, su desesperanzadora conclusión: no hay nada que hacer ante una España vacía que, curiosamente, determina políticas –por lo menos aparentemente– y comportamientos y que es imprescindible para comprender la otra España, la urbana, la llena. Pero ya no hay marcha atrás.

Una primera edición del libro publicada en abril de 2016, con varias reimpresiones, segunda edición en agosto de 2016 llegando a la séptima reimpresión cuando concluye el año objeto de este informe (diciembre de 2016), es la prueba del interés por discurrir sobre un testimonio del pasado en el que, curiosamente, todos (o casi todos) nos sentimos interesados en el presente (la melancolía es uno de los sentimientos –pasiones– más profundamente humanos), aunque con diversas ópticas.

En el plano del mero dato y en la aplicación a las políticas a operar sobre el régimen local, este Informe general es desde 2009 el testimonio de un Aragón vacío y de la necesidad de aplicar políticas para un terreno abandonado que no partan del evidente engaño de creer que está lleno de población, de impulso, de funcionarios, de políticos locales viviendo sobre el territorio (pregunta inocente: ¿cuántos Alcaldes aragoneses viven en los Municipios en los que ejercen tal cargo?), de capacidad de proporcionar servicios para los ciudadanos que aún aguantan (en invierno y en verano, en edad de trabajar y de procrear) sobre el terreno. De políticas (o sea, de políticos) que conozcan y reconozcan la realidad, la asuman, y actúen en consecuencia.

Igualmente este informe ha querido también proporcionar el testimonio –a base de cifras– de una España que poblacionalmente, inicia desde 2013 un declinar parece que inexorable, al menos a corto y medio plazo.

Como si hubiera comprendido el tremendo reto que para todos se origina por estas cifras que no necesitan mucha explicación, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 40/2017, de 27 de enero, por el que se crea el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico y se regula su régimen de funcionamiento (*BOE*, 24, de 28 de enero de 2017). A este Comisionado (al que se le da rango de Subsecretario, es decir Alto Cargo de relevancia) le corresponde, como tarea fundamental, la «elaboración y el desarrollo de una estrategia nacional

frente al reto demográfico y aquellas tareas que contribuyan a dar respuesta a la problemática del progresivo envejecimiento poblacional, del despoblamiento territorial y de los efectos de la población flotante», todo ello dependiendo orgánicamente del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas y funcionalmente de este mismo y del Ministerio de Hacienda y Función Pública. Justo en el *BOE* del mismo día 28 de enero apareció el Real Decreto 50/2017, de 27 de enero, por el que se nombra Comisionada del Gobierno frente al Reto Demográfico a doña Edelmira Barreira Fiz, lo que traduce, por la identidad de fechas de la regulación reglamentaria general y del nombramiento del titular del órgano, el interés evidente del Gobierno en que se inicie un proceso que determine la posibilidad de adoptar medidas[24].

En este plano del interés hay que mencionar también la creación por el Senado de una Comisión Especial de Estudio sobre la Evolución Demográfica.

Volviendo a Aragón y a la trascendencia de la evolución demográfica sobre el régimen municipal, reflejo unos nuevos cuadros en donde ambas realidades aparecen vinculadas. En el primero de ellos y referido a 1 de enero de 2015 en la población (cfr. con el CUADRO 3 en el que ofrezco datos de 1 de enero de 2016) pueden confrontarse diversos datos sobre Aragón y España. El primero es cómo la población que en la Comunidad Autónoma vive en las capitales de provincia, es porcentualmente mucho más elevada de la que lo hace en España (57% frente al 32% en cifras redondas). Y lo que puede observarse, a continuación, es cómo la concentración de población aragonesa en municipios de hasta 5000 habitantes (minúsculos municipios, con una cifra en la que algunos llamados expertos dicen que debería situarse la raya a partir de la cual podría tenerse la cualidad de Municipio, pero no antes), es muy superior de la correspondiente en España[25].

24 Remito al RD 40/2017, para más amplias especificaciones sobre el método de trabajo, la colaboración que a la «oficina» del Comisionado del Gobierno deben prestar todos los departamentos ministeriales, el funcionamiento por Grupos de trabajo etc... El art. 7 del RD, con gran optimismo, advierte que «el Comisionado del Gobierno frente al Reto Demográfico se suprimirá una vez cumplidos los objetivos que determinaron su creación».

25 Es necesario advertir que la existencia de un 0 para población y porcentaje de población en municipios de más de 20.000 habitantes guarda relación con la pérdida inicial de ese status que sufrió el Municipio de Calatayud y que luego se corrigió por el Instituto Nacional de Estadística (vid. las menciones que he realizado en el apdo. I.3 de este «Informe general...») aunque parece que esa corrección no llegó a este documento del IEA; sin duda ello sucederá en la siguiente entrega.

Población según el tamaño del municipio. Año 2015

	ARAGÓN		ESPAÑA	
	POBLACIÓN	%	POBLACIÓN	%
Capitales de provincia	752.762	57,12	14.961.656	32,09
Municipios que no sean capitales	565.065	42,88	31.662.726	67,91
Hasta 100 habitantes	10.261	0,78	72.436	0,16
De 101 a 500 habitantes	58.238	4,42	735.181	1,58
De 1001 a 5000 habitantes	179.978	13,66	4.385.332	9,41
De 5001 a 10.000 habitantes	77.797	5,90	3,861.973	8,28
De 10.001 a 20.000 habitantes	156.327	11,86	4.983.746	10,69
Más de 20.000 habitantes	0	0,00	16.962.491	36,38
TOTAL	**1.317.847**	**100,00**	**46.624.382**	**100,00**

FUENTE: Instituto Aragonés de Estadística con datos del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2015.

Ello guarda inmediata relación con el segundo cuadro que también procede del IAE y que se repite tradicionalmente en sus informes. La relación entre los municipios y la población, y lo que se considera zona rural, intermedia y urbana es muy interesante pudiendo advertirse (en comparación con el Informe del IAE que recogí en el Anuario anterior) el aumento de un Municipio (de 671 a 672) en el área rural y la disminución de uno relativo al área intermedia (de 47 a 46) lo que va en la dirección y conclusiones que continuamente noto.

Población según el tamaño del municipio. Año 2015

	MUNICIPIOS		POBLACIÓN	
	NÚMERO	%	NÚMERO	%
Zona rural	672	91,9	216.105	16,4
Zona intermedia	46	6,3	192.633	14,6
Zona urbana	13	1,8	909.109	69,0
Total	**731**	**100,0**	**1.317.847**	**100,0**

Zona rural: municipios de hasta 2000 habitantes.
Zona intermedia: municipios de 2001 a 10.000 habitantes.
Zona urbana: municipios de más de 10.000 habitantes.

FUENTE: Instituto Aragonés de Estadística con datos del Padrón Municipal de Habitantes a 1 de enero de 2015.

2. EL FUTURO DEL RÉGIMEN LOCAL ARAGONÉS EN EL CONTENIDO DE LAS RESOLUCIONES APROBADAS EN EL DEBATE SOBRE EL ESTADO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA (OCTUBRE DE 2016)

Finalmente voy a hacer una mención al contenido de las resoluciones aprobadas por las Cortes de Aragón y relativas al régimen local en el debate sobre el estado de la Comunidad que tuvo lugar los días 6, 7 y 10 de octubre de 2016. En ese debate fueron aprobadas nada menos que 561 propuestas de las que 258 lo fueron por unanimidad de todos los grupos parlamentarios[26].

La mecánica que voy a seguir es de mero resumen y ligero comentario siguiendo el orden con el que aparecen publicadas en el *BOCA* y atendiendo a aquellas resoluciones que se refieren plenamente a las estructuras del régimen local aragonés o a problemas generales del régimen local no prestando atención a aquellas que se refieran a actuaciones o a políticas que sólo tengan un reflejo local.

Así, de las resoluciones aprobadas a propuesta del Grupo Parlamentario Podemos Aragón creo que solo la primera de ellas entra en estas premisas. Ésta parte de la afirmación de la estructura comarcal e insta al Gobierno a que desarrolle las acciones necesarias para dar continuidad a los principios que inspiraron dicha ley y a profundizar en la democratización de los espacios comarcales.

El Grupo Parlamentario Mixto, dentro de las resoluciones aprobadas a propuesta de Izquierda Unida de Aragón, insta al Gobierno a presentar dentro del siguiente período de sesiones el proyecto de Ley de capitalidad «con el acuerdo y consenso del Ayuntamiento de Zaragoza».

El mismo Grupo y actuando ahora a través de Chunta Aragonesista, es más ambicioso en sus propuestas de nuevas iniciativas normativas, y consigue la aprobación de una resolución para que el Gobierno de Aragón presente no sólo la Ley de capitalidad (que denomina «Ley de régimen especial del Municipio de Zaragoza) sino también postula una Ley de delimitación competencial de las Administraciones públicas de Aragón y una Ley sobre «el área o comarca» metropolitana de Zaragoza.

También la necesidad de que el Gobierno presente un proyecto de Ley de capitalidad está presente en las resoluciones aprobadas a iniciativa del Grupo Parlamentario Ciudadanos-Partido de la Ciudadanía; se apostilla que ese proyecto de Ley deberá ser «acorde a la realidad actual».

26 Las resoluciones aparecen en el *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* (*BOCA*, 113, de 25 de octubre de 2016).

Por su parte entre las propuestas aprobadas a iniciativa del Grupo Parlamentario Aragonés, figura la consabida de la Ley de capitalidad sobre la que se indica un contenido consistente en el «reparto competencial adecuado y coordinado entre las dos administraciones implicadas, y con la previsión real y efectiva de la financiación necesaria para la plena prestación de servicios públicos a los aragoneses que residen en la capital de Aragón». También postula este grupo que se aborde la reordenación de competencias de las entidades locales «desde el seno de las Cortes de Aragón» sin que el Gobierno de Aragón pretenda «ser el impulsor del mismo».

El mismo Grupo consigue un reconocimiento del papel jugado por las Comarcas «en la vertebración territorial de Aragón, partiendo de la premisa del beneficio que suponen las decisiones tomadas desde la proximidad y el conocimiento de la realidad y no desde la sede administrativa del Gobierno de Aragón». Rubrica su punto de partida consiguiendo que se apruebe esta declaración: «El Gobierno tendrá en especial consideración a las comarcas como piezas fundamentales para cualquier posicionamiento que tome en lo relativo al proceso de reordenación competencial».

Por su parte el Grupo Parlamentario Socialista consigue de las Cortes la aprobación de una propuesta para el acuerdo en torno a la ley de capitalidad de Zaragoza y «del estatus jurídico definitivo del ámbito territorial circundante a la capital de la Comunidad Autónoma de Aragón».

Y el Grupo Parlamentario Popular que es el que más propuestas sobre el régimen local presenta y consigue aprobar propone que se inste al Gobierno a «formalizar un pacto para modernizar las diferentes administraciones locales aragonesas para que sean instituciones útiles al servicio de los ciudadanos y para que garanticen al conjunto de los habitantes del territorio de Aragón niveles justos de bienestar y prosperidad prestados en las mejores condiciones de igualdad y calidad». Igualmente este Grupo logra aprobar distintas resoluciones destinadas a la mejora de la financiación de distintas entidades locales (Mancomunidad Central de Zaragoza), comarcales (liquidar la deuda pendiente con las comarcas) o en general (disposiciones sobre el Fondo de Cooperación Municipal, mejora en los presupuestos de la financiación de estas). Postula también una ley de capitalidad consensuada.

Como comentario final creo que procede indicar que no hay mucha profundidad en las propuestas de los grupos que se mueven más bien en el ámbito de lo general, de las grandes proclamas relativas a leyes cuyo contenido puede ser (si es que esas leyes llegan a aparecer) muy distinto. Fuera de lo relativo a la Ley de capitalidad (parece que ya próxima por lo que antes se ha indicado), se intuye en muchas de las propuestas un nuevo debate sobre reordenación com-

petencial (que ya se tuvo en la pasada legislatura, sin éxito) y también sobre el aumento de financiación para las entidades locales existiendo en diversas propuestas, como punto de preparación para ese debate y fijación de posiciones, un fuerte apuntalamiento de la estructura comarcal que podría verse afectada por dicha reordenación.

Es claro que esta última cuestión apunta a ser objeto de tratamiento en la segunda parte de la legislatura, ya muy próxima a iniciarse.

En Zaragoza, a 13 de marzo de 2017

INFORMES SECTORIALES

Empleo y organización local

Beatriz Setuáin Mendía

I. INTRODUCCIÓN

A través de este informe se pretende dar cuenta de las novedades normativas autonómicas y de los pronunciamientos judiciales aparecidos a lo largo de 2016 en relación con el empleo y la organización local en Aragón. Y como en anteriores ediciones de este Anuario, si bien todavía con más énfasis, debe destacarse la práctica inexistencia de normas que contienen regulaciones aplicables a ambos ámbitos materiales, así como –de existir– su escasa transcendencia. La situación económica y política en la que estamos inmersos en los últimos años da explicación a esta circunstancia que, sin embargo, ha llegado en este pasado año a mínimos impensables hace un tiempo. En cuanto a la jurisprudencia, siendo también cuantitativamente exigua, va a permitir señalar tanto pronunciamientos dictados por Juzgados y Tribunales de sede aragonesa como una Sentencia del Tribunal Constitucional: la que resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados frente a la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, en la medida en que afecta a los empleados locales aragoneses.

II. EMPLEO LOCAL

1. Novedades normativas

En lo que hace a la normativa vinculada al empleo público local, solo merece una mera mención la aprobación de la **Orden de 3 de diciembre de 2015, del**

Departamento de Hacienda y Administración Pública, por la que se publica el nuevo texto correspondiente al Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de la Diputación General de Aragón, Administraciones Locales y otras Entidades e Instituciones de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*, 8, de 14 de enero). En la medida en que los empleados de las entidades locales aragonesas promotoras del Plan (Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos, Comarcas, Mancomunidades, Federación Aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias, Organismos Públicos dependientes de las anteriores) se hayan adherido a este instrumento de previsión social complementaria, estarán sujetos al régimen jurídico derivado de las nuevas especificaciones.

2. Novedades jurisprudenciales

A. Jurisprudencia constitucional

Pasando ya a la jurisprudencia, la primera novedad a la que se va a aludir no ha sido dictada por un órgano jurisdiccional de sede aragonesa sino por el Tribunal Constitucional, que mediante **STC 56/2016, de 17 de marzo** (*BOE*, 97, de 22 de abril), dio respuesta al recurso de inconstitucionalidad planteado por más de cincuenta Diputados frente a la Ley 3/2013, de 9 de mayo, de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón. En buena lógica, esta Sentencia no se refiere directamente a la materia de «empleo local», pero sí hace mención en su último fundamento jurídico a un aspecto que puede plantearse en la práctica en el ejercicio de la labor funcionarial local.

En efecto. Dentro de los reproches de inconstitucionalidad formulados contra dicha Ley se encontraba el dirigido a su art. 16. Este precepto reconoce a todos los ciudadanos

> [...] el derecho a expresarse de forma oral y escrita, además de en castellano, en las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón, en sus respectivas zonas de utilización predominante, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley [...],

pudiendo ejercerse en el marco de las relaciones que entablen con las Administraciones públicas, y más habitualmente, con las entidades locales. Pues bien: para los recurrentes, el hecho de que dicho derecho no se vea seguido de un conjunto de obligaciones concretas para los poderes públicos implica considerarlo una fórmula vacía que no tiene en cuenta la situación singular de los hablantes de las lenguas minoritarias, vulnerando por indiferenciación el principio constitucional de igualdad. No se articula para ellos un régimen lingüístico específico en su relación con las Administraciones local y autonómica.

El TC no está de acuerdo con esta interpretación, recordando que el art. 14 de la Constitución no consagra un derecho a la desigualdad de trato o al trato normativo desigual. Lo que proscribe es la distinción infundada o discriminatoria, que no considera presente en este caso. La invocación hecha a la Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias (que contiene en su art. 10 una relación de compromisos que asumen los poderes públicos en relación con las mismas en procedimientos administrativos y en las relaciones de los ciudadanos con las autoridades administrativas) tampoco altera esta conclusión, pues pese a ser un Tratado válidamente celebrado e integrado en el ordenamiento español desde su ratificación (y, por ende, gozar del valor interpretativo que le confiere el art. 10.2 de la Constitución), sus criterios hermenéuticos solo pueden tener la eficacia que la propia Carta determina. Que en relación con dichos compromisos se ciñe a las lenguas cooficiales, respecto a las que sí tienen aplicabilidad inmediata. En el caso de las no oficiales, solo llegan «hasta donde puedan razonablemente aplicarse», por lo que no cabe reconocer al instrumento internacional el mismo valor interpretativo en el caso de ambos tipos de lenguas.

La suma de ambos aspectos lleva a concluir que reconocer el «derecho a expresarse» en las lenguas propias, sin precisar qué concretas obligaciones derivan para las Administraciones local y autonómica del ejercicio de este derecho en las zonas de utilización predominante, no vulnera el principio de igualdad.

B. **Jurisprudencia ordinaria: diversidad de pronunciamientos**

Por lo que respecta a la jurisprudencia ordinaria, son varios los pronunciamientos dictados a lo largo de 2016 por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Aragón en relación con el empleo local.

Se destaca en primer lugar la **Sentencia de 19 de febrero de 2016, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 98/2013**, que revoca en apelación la Sentencia de un Juzgado que estimó el recurso contencioso-administrativo planteado por un opositor. En concreto, consideró que no formular preguntas sobre la memoria presentada en la fase de oposición de un proceso selectivo impedía al Tribunal alcanzar la convicción de que su contenido reflejaba fielmente no solo su autoría, sino el alcance real de los conocimientos personales de cada candidato, decretando la nulidad del proceso. La Sala del TSJ no está de acuerdo con la interpretación de instancia, insistiendo en que la base de la convocatoria que fue causa del nombramiento impugnado indicaba textualmente que la prueba consistiría en «la presentación y defensa oral de una memoria», quedando a la discrecionalidad del Tribunal la apertura de un diálogo con el aspirante («podrá abrir un diálogo», decía expresamente). En ningún caso esta actuación era imperativa, por lo que la opción de aquel de decidir solo con el fundamento de

la exposición de las memorias es plenamente válida, sin que quepa entenderla como causa de nulidad de lo acordado.

También cabe citar la **Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 11 de marzo de 2016, recurso núm. 4/2016**, que desestima el recurso de apelación presentado frente al Auto de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo –dictado en la pieza separada de medidas cautelares de un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales–, en el que se denegaba la suspensión de la resolución de cese de su cargo de Secretario interino de una Corporación solicitada por el recurrente. La razón por la que la Sala confirma la denegación de la medida cautelar es la falta de apreciación de apariencia de buen derecho. Contra lo alegado, no estima que el Juez de instancia haya entrado en el fondo del asunto que se sustancia en el pleito principal, limitándose en su tarea de valoración a realizar una primera aproximación al expediente administrativo obrante en autos sin anticipar la solución. Tampoco advierte *periculum in mora*, pues los perjuicios derivados de la ejecución del acto tendrían naturaleza económica y podrían ser reparables en caso de sentencia favorable sobre el asunto principal. Además recuerda que el recurrente ya goza de nombramiento como Secretario interino en otro Ayuntamiento, lo que impide apreciar perjuicio perentorio para el recurrente.

Por su parte, la **Sentencia de 22 de septiembre de 2016, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 137/2015**, ratifica en apelación la nulidad de la convocatoria de un procedimiento selectivo mediante concurso oposición libre para cubrir tres plazas laborales fijas en un Ayuntamiento. Esta convocatoria fue realizada en el año 2013, por lo tanto cuando ya la Ley de Presupuestos Generales del Estado para ese año había prohibido la incorporación de nuevo personal fijo al sector público. Pese a ello, suponía ejecución de la OPE del año 2009 lo que, a juicio del Ayuntamiento demandado, permitía aplicar la excepción contenida en esa misma Ley, conforme a la cual dicha prohibición no afectaría a procesos selectivos correspondientes a OPEs de ejercicios anteriores. No lo entiende así la Delegación del Gobierno (demandante), ni tampoco la Sala, que considera que el plazo improrrogable de tres años para la ejecución de las OPEs que señala el art. 70.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público es un plazo esencial, y trae como consecuencia la caducidad de la misma y la imposibilidad de anudarle convocatorias, al no estar ya vigente. Esta interpretación se está consolidando en diversos TSJ, y el de Aragón es uno de ellos. La clave que la explica radica en la mención que formula el precepto básico al carácter improrrogable de dicho plazo –mención que no se contenía en el precepto equivalente de la precedente Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la

reforma de la Función Pública, art. 18–, lo que indica su taxatividad e imposibilita la extensión temporal de las OPEs más allá del mismo. Así las cosas, hay que entender que la excepción que introduce la Ley de Presupuestos a la prohibición de incorporar personal fijo a las Administraciones públicas es precisamente eso: una excepción, y como tal solo operará para los supuestos y momentos previstos en ellas (art. 4.2 del Código Civil), que no son otros que las OPEs anteriores a las convocatorias, siempre que estén vigentes. O dicho de otro modo: a las correspondientes, como mucho, a los tres ejercicios anteriores. Considerar otra cosa iría contra el propio espíritu de la norma presupuestaria, pues habilitaría el compromiso de fondos públicos exceptuando una regla introducida precisamente para contener el gasto.

Por último, se deja constancia de la **Sentencia del mismo Tribunal y Sala de 23 de septiembre de 2016, recurso núm. 181/2014**, que anula en apelación la Sentencia de instancia que anuló la resolución de la Dirección General competente por la que se revocó el nombramiento interino de una Secretaria Interventora. Al margen de la importante controversia política subyacente, y aludiendo solo a los aspectos jurídicos a los que se refiere la Sentencia de apelación, la Sala considera, a diferencia del Juez de instancia, que los incumplimientos reprochados a la funcionaria interina –fundamentalmente el retraso en la emisión de informes– son de la suficiente entidad como para amparar la revocación del nombramiento por falta de capacidad y rendimiento insuficiente. Lo que aquel consideraba retrasos leves la Sala estima demoras injustificables, sobre todo en el caso de un informe tan esencial como el requerido para prorrogar los presupuestos municipales. En consecuencia, procede como se ha dicho a estimar el recurso.

III. ORGANIZACIÓN LOCAL

1. Novedades jurisprudenciales

Como jurisprudencia relativa a organización local, se deja constancia en primer lugar de la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de junio de 2016, Sala de lo Contencioso, recurso núm. 65/2015**. En ella recuerda que el derecho de los Concejales a promover y obtener la convocatoria de las sesiones de pleno municipal no es un derecho absoluto, sino que ha de cohonestarse con la facultad del Alcalde para determinar los puntos del orden del día y excluir motivadamente todos o algunos de los asuntos propuestos (art. 78.2 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales). En el caso sobre el que se pronuncia la Sala, la motivación existe.

Además, los asuntos excluidos son solicitudes de información a la que los Concejales pueden acceder directamente mediante la correspondiente petición, que no consta que hicieran. Por ese motivo, se desestima el recurso presentado por los mismos.

También es importante citar una Sentencia dictada por un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. En concreto, la **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Teruel de 30 de abril de 2015, recurso núm. 60/2015**, que resuelve el recurso contencioso-electoral presentado frente a un Acuerdo de la Junta Electoral de Zona, por la que se proclama una candidatura del PAR en la circunscripción electoral de Palomar de Arroyos que no incluye al candidato inicial –que renunció– sino a cuatro nuevos candidatos. Este hecho obliga a revisar las previsiones de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) en relación con las modificaciones de candidaturas y el momento para realizarlas, lo que lleva a la lectura combinada de los arts. 48.1, 46.3, 184.a) y 47.2 de dicha Ley Orgánica.

El primero de ellos señala que las candidaturas no pueden ser objeto de modificación una vez presentadas, salvo en el plazo habilitado para la subsanación de irregularidades y solo por fallecimiento o renuncia del titular o como consecuencia del propio trámite de subsanación. El segundo indica que las listas deberán incluir tantos candidatos como cargos a elegir. Muy relacionado, el art. 184.a) establece que, en el caso de Municipios con población entre 101 y 250 habitantes y no sometidos a régimen de Concejo Abierto (lo que sucede en Palomar de Arroyos), las listas que presenten cada partido, coalición, federación o agrupación podrán constar de cinco candidatos. Por fin, el art. 47.2 determina que las Juntas Electorales comunicarán en el plazo establecido las irregularidades detectadas en las candidaturas presentadas a fin de que puedan subsanarse en el plazo máximo de 48 horas, habiendo aclarado el Tribunal Constitucional que dentro de estas «irregularidades» también se incluyen los errores materiales.

Esto último es precisamente lo que adujo el PAR en defensa de su solicitud de inclusión de cuatro nuevo candidatos en la lista presentada para aquel Ayuntamiento, una vez que el único inicialmente propuesto formulara su renuncia. El Juzgado, sin embargo, no está de acuerdo con esta pretensión, al estimar inexistente cualquier irregularidad en la candidatura. El hecho de que en su conformación inicial solo hubiese un candidato no puede reputarse irregular, ya que conforme a consolidado criterio de la Junta Electoral Central, la cifra de cinco candidatos señalada en la LOREG es en todo caso máxima, siendo válidas listas que presenten candidatos en número de uno a cuatro. En otras palabras: el mínimo es un candidato sin necesidad de suplentes, como sucedía en aquella lista, por lo que es totalmente conforme a la Ley. Cosa distinta es que ante la re-

nuncia del único candidato este deba ser sustituido por otra persona, como dispone el art. 48.1 de la LOREG al reconocer aquella como causa de modificación de las candidaturas. Pero en ningún caso hay que admitir la inclusión, además del sustituto, de tres candidatos más de los propuestos inicialmente. No supone esto subsanar un error material constitutivo de irregularidad puesto que no existe indicio de desajuste entre lo efectivamente presentado en un primer momento y lo realmente querido. Como señala la Sentencia (FJ 5º), el error material hay que entenderlo como una discordancia entre la voluntad y su efectiva formulación externa ostensible, clara y evidente, y cuya corrección no altere el contenido del acto. Ninguno de estos criterios pueden predicarse del supuesto enjuiciado, pues de la documentación presentada ante la Junta Electoral se deduce con claridad que el único candidato presentado es a quien se refiere la misma.

Por todo lo expuesto, se admite el recurso y se declara no ajustado a derecho el Acuerdo de la Junta Electoral de Zona de Teruel en cuanto proclama nuevos candidatos y no solo a la persona que sustituye al candidato que ha renunciado.

Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda

Mª Josefa Aguado Orta

I. LEGISLACIÓN

Como viene siendo habitual en los últimos tiempos, la labor normativa en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda resulta bastantes escasa. El año 2016 no ha sido una excepción.

Desde el punto de vista cronológico, la primera norma a mencionar es el **Decreto 14/2016, de 26 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Vertebración del Territorio, Movilidad y Vivienda** (*BOA*, 21, de 2 de febrero), que estructuró el Departamento en cinco direcciones generales:

- Dirección General de Ordenación del Territorio. De ella dependen los Servicios de Estrategias Territoriales, de Coordinación Territorial y el Instituto Geográfico de Aragón.
- Dirección General de Urbanismo, de la que dependen los Servicios de Planificación y Gestión Urbanística y de Información Urbanística y Nuevos Desarrollos.
- Dirección General de Vivienda y Rehabilitación, compuesta por el Servicio de Régimen Jurídico y Económico de la Vivienda, el Servicio de Vivienda Social y el Servicio de Arquitectura y Rehabilitación.
- Dirección General de Movilidad e Infraestructuras, integrada por el Servicio de Planificación, Inversión y Concesiones de Carreteras, el Servicio de

Conservación y Explotación de Carreteras de Gestión Directa, el Servicio de Gestión e Inspección de Transportes y el Servicio de Planificación e Infraestructuras del Transporte.

- Dirección General de Turismo, integrada por el Servicio de Ordenación y Regulación de las Actividades Turísticas, el Servicio de Gestión de Infraestructuras Turísticas y el Servicio de Promoción, Planificación y Estudios Turísticos.

Con posterioridad, se dictó la **Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón** (*BOA*, 22, de 3 de febrero), que introdujo modificaciones tanto en las leyes de urbanismo, de prevención y protección ambiental y de vivienda.

En lo relativo al ***urbanismo***, la modificación del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón, que se concreta en los aspectos siguientes:

1. La modificación de los artículos 57.2 y 60.1.b), relativos al procedimiento de tramitación de los planes parciales de iniciativa municipal y de iniciativa no municipal, respectivamente, justificada por la adecuación de los trámites previos a la aprobación de estos instrumentos de planeamiento urbanístico a la normativa ambiental, que establece un régimen mucho más detallado que aquel que previó la redacción inicial del TRLUA.

2. Supresión de la letra a) del apartado 2 del artículo 85 TRLUA. Esta eliminación implica que ya no es necesario que, en el caso de tramitación de modificaciones aisladas de los planes generales que afecten al suelo no urbanizable o al suelo urbanizable no delimitado, se solicite informe previo al Instituto Aragonés de Gestión Ambiental para que se pronuncie exclusivamente sobre si de la modificación pueden derivarse o no afecciones significativas sobre el medio ambiente. Esta eliminación no supone que este instituto autonómico no informe sobre estas materias, porque la Ley de Prevención y Protección Ambiental regula de manera más detallada los supuestos concretos en los que es necesaria previa evaluación ambiental.

3. Supresión del apartado 7 del artículo 290 TRLUA. En el Título relativo al régimen urbanístico simplificado y, en concreto, en la regulación del Plan General simplificado se suprimió la excepción de no necesidad del trámite ambiental, en el caso de planes generales simplificados que no clasificaran suelo urbanizable, siempre que el órgano ambiental competente hubiera emitido informe favorable antes de la aprobación inicial, porque está prevista una regulación más detallada en la modificación introducida en la Ley de Prevención y Protección Ambiental de Aragón.

4. Incorporación de una nueva Disposición Adicional 15ª. Esta D.A. regula la «delegación intersubjetiva de competencias en materia de disciplina urbanística» para los municipios con una población inferior a 5000 habitantes, a los que permite delegar la competencia en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El ejercicio de la competencia delegada corresponde al Director General competente en materia de urbanismo, y comprende las competencias de inspección urbanística, protección de la legalidad y sancionadoras en materia de urbanismo, respecto de los actos de transformación, construcción, edificación o uso del suelo o del subsuelo sin título habilitante de naturaleza urbanística u orden de ejecución, o ejecutados en contra de las condiciones señaladas en los mismos, estén en curso de ejecución o ya terminados, que resultaran incompatibles, total o parcialmente, con la ordenación urbanística vigente, y puedan tipificarse como infracción urbanística grave o muy grave. También son delegables los correspondientes procedimientos de ejecución y la competencia para la resolución de los recursos administrativos. Esta última se atribuye al Consejero competente en materia de urbanismo.

El acuerdo municipal de delegación de competencias, adoptado por el pleno de la corporación, es de obligada publicación en el BOP y su efectividad requiere aceptación del Gobierno de Aragón y publicación en el BOA.

En materia de ***prevención y protección ambiental***, la Ley 2/2016, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón también ha incorporado modificaciones en la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón, en lo relativo a la evaluación ambiental estratégica y la evaluación ambiental simplificada, diferenciando los instrumentos de planeamiento urbanístico según se sometan a evaluación ambiental estratégica ordinaria o a evaluación ambiental estratégica simplificada.

En concreto, exigen *evaluación ambiental estratégica ordinaria*:

a) El Plan General de Ordenación Urbana y el Plan General de Ordenación Urbana Simplificado, así como sus revisiones, totales o parciales.

b) Las modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana así como del Plan General de Ordenación Urbana Simplificado que:

- establezcan el marco para la futura autorización de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental sobre las siguientes materias: agricultura, ganadería, silvicultura, acuicultura, pesca, energía, minería, industria, transporte, gestión de residuos, gestión de recursos hídricos, ocupación del dominio público marítimo terrestre, utilización del medio marino, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural, o del uso del suelo.

- requieran una evaluación en aplicación de la normativa reguladora de la Red Ecológica Europea Natura 2000.
- afecten a la ordenación estructural por alteración de la clasificación, categoría o regulación normativa del suelo no urbanizable o por alteración del uso global de una zona o sector de suelo urbanizable.

c) Los planes especiales independientes que tengan por objeto el establecimiento y la coordinación de las infraestructuras básicas relativas al sistema de comunicaciones y telecomunicaciones, al equipamiento comunitario, al abastecimiento y saneamiento de aguas y a las instalaciones y redes de suministro de energía, siempre que esas determinaciones no exijan una definición previa de un modelo territorial (art. 62.1.a TRLUA) y los que tengan por objeto la protección, catalogación, conservación y mejora de los espacios naturales, del paisaje y del medio físico rural, del medio urbano y de sus vías de comunicación (art. 62.1.b TRLUA)

También requieren evaluación ambiental estratégica ordinaria los planes especiales de desarrollo del PGOU que tengan por objeto el desarrollo de sistemas generales y la protección del medio ambiente, de la naturaleza y del paisaje (art. 64.1 a) y b) TRLUA)

d) Aquellos instrumentos de planeamiento urbanístico, que exigiendo evaluación ambiental estratégica simplificada, a decisión del órgano ambiental, de oficio o a solicitud del órgano responsable de la tramitación administrativa del plan, así se determine.

La *evaluación ambiental estratégica simplificada* está prevista para:

a) Las modificaciones del PGOU así como del Plan General de Ordenación Urbana Simplificado cuando:

- Afectando a la ordenación estructural, no se encuentren incluidas en los supuestos de la letra b) anterior.
- Afectando a la ordenación pormenorizada, posibiliten la implantación de actividades o instalaciones cuyos proyectos deban someterse a evaluación ambiental.
- Afectando a la ordenación pormenorizada del suelo no urbanizable o urbanizable, no se encuentren incluidas en los supuestos de la letra b) anterior.

b) Los instrumentos de planeamiento de desarrollo no incluidos en la letra c) anterior, cuando el planeamiento general al que desarrollan no haya sido sometido a evaluación ambiental estratégica.

c) Las modificaciones de instrumentos de planeamiento de desarrollo que alteren el uso del suelo o posibiliten la implantación de actividades o ins-

talaciones cuyos proyectos han de someterse a evaluación de impacto ambiental.

Finalmente, *no sujeta a evaluación ambiental estratégica*, en atención a su objeto y alcance, de acuerdo con lo establecido en la legislación urbanística aragonesa:

a) Las modificaciones del Plan General de Ordenación Urbana y del Plan General de Ordenación Urbana Simplificado que afecten a la ordenación pormenorizada del suelo urbano no incluidas en los supuestos del art. 12.3 de la Ley de Prevención y Protección Ambiental.

b) Los planes parciales y planes especiales que desarrollen determinaciones de instrumentos de planeamiento general que hayan sido sometidos a evaluación ambiental estratégica.

c) Las modificaciones de los instrumentos de planeamiento de desarrollo recogidos en el art. 12.3.

d) Las delimitaciones de suelo urbano y estudios de detalle.

El documento de alcance del estudio ambiental estratégico, que mantiene el carácter de acto de trámite no cualificado. Es el documento de referencia para la elaboración del estudio ambiental estratégico, y a diferencia de la regulación anterior el promotor no puede continuar el procedimiento hasta que no se hubiese emitido y notificado el alcance de dicho estudio ambiental estratégico.

En materia de ***vivienda***, además la suspensión durante el 2016 de la aplicación de los artículos 20.2 (relativo a la inscripción en el registro de solicitantes de vivienda protegida de Aragón) y 23 (sobre la obligación de inscripción para la adjudicación) de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, tal y como resultó de la Disposición Transitoria tercera de la Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la C. A. Aragón, el *BOA*, 237, de 12 de diciembre, publicó la **Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón**.

Esta Ley es el resultado de la tramitación parlamentaria del Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda, que estableció tres tipos de medidas, entre las cuales las relativas a vivienda tenían por objeto contrarrestar la situación de emergencia habitacional.

Sobre este particular, se recuerda que el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 4 de octubre de 2016, admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 4952/2016, promovido por el Presidente del Gobierno contra los arts. 1, 9 y 12; las disposiciones transitorias segunda y tercera y la disposición adicional cuarta del referido Decreto-Ley 3/2015. La admisión a trámite del recurso supuso la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados desde la fecha de interposición del recurso (19 de septiembre de 2016).

La Ley define un conjunto de mecanismos y medidas de carácter urgente para garantizar la efectividad de los derechos sociales en la CA de Aragón, con especial atención a las situaciones de emergencia social y a las personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad.

Se aplica a todo el sector público de la CA de Aragón, incluyendo las entidades locales aragonesas.

En cuanto a las medidas adoptadas por esta Ley 10/2016 en materia de vivienda, hay que destacar:

1. Garantía del derecho a la vivienda digna

Sobre este aspecto, la Ley obliga a los poderes públicos a proveer de una alternativa habitacional digna a las personas o unidades de convivencia de buena fe que en situación de vulnerabilidad se vean privados de su vivienda habitual, como consecuencia de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de pago o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria o desahucio por impago de la renta.

A estos efectos la Ley define las situaciones de vulnerabilidad y especial vulnerabilidad, así como la concurrencia de buena fe. En concreto, relaciona la situación de vulnerabilidad y especial vulnerabilidad con las personas en situación de riesgo de exclusión social, que sufran o que tengan algún miembro que sufra violencia de género o violencia familiar, que sean o que tengan algún miembro que sea víctima de terrorismo, y aquellas que así se califiquen en virtud de las especiales circunstancias socioeconómicas que les afecten. También se encuentran en una situación de vulnerabilidad y especial vulnerabilidad aquellos casos de emergencia social que determinen los servicios sociales.

La situación de vulnerabilidad o de especial vulnerabilidad debe acreditarse, a solicitud de la persona o unidad de convivencia interesada, mediante informe de la Administración competente en materia de servicios sociales; situaciones que se mantendrán vigentes mientras permanezcan las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento, sin perjuicio de su revisión periódica.

El requisito de buena fe se presume «salvo que, mediante informe de técnico competente, quede demostrado que se ha producido abuso de derecho del mismo, o se han efectuado acciones u omisiones que, por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se hayan realizado, sobrepasen los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño a un tercero siempre que sea persona física o que no sea una entidad jurídica». Igualmente, se presume la buena fe del deudor en caso de «situación de impago de las cuotas hipotecarias o de las rentas de alquiler, motivada por situaciones significativas económicas o familiares que originen una carencia sobrevenida de recursos económicos, posterior a la fecha de formalización del préstamo hipotecario o del contrato de arrendamiento, y que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no puede cumplir los compromisos contraídos».

2. Suspensión de los lanzamientos en situación de especial vulnerabilidad

De manera transitoria y en tanto no se ofrezca una alternativa habitacional digna por parte de la Administración, quedan en suspenso los lanzamientos en los procesos judiciales y extrajudiciales de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual de las personas en situación de vulnerabilidad o unidad de convivencia de buena fe que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad.

Asimismo, quedan suspendidos los lanzamientos en los procesos judiciales o extrajudiciales de desahucio por impago de alquiler cuando, encontrándose la persona o unidad de convivencia en el supuesto especial vulnerabilidad, el sujeto que ha iniciado el proceso de lanzamiento cumpla alguna de las siguientes condiciones:

a) Sea gran propietario de viviendas, esto es, personas físicas o jurídicas que sean propietarias de, al menos, 15 viviendas.

b) Sea persona jurídica que hubiera adquirido esa vivienda después del 30 de abril de 2008 a causa de ejecución hipotecaria, acuerdo de compensación de deudas o de dación en pago o de compraventas que tengan como causa la imposibilidad de restituir el préstamo hipotecario.

También se suspende el procedimiento de desahucio o lanzamiento mientras esté pendiente de resolución el informe sobre la situación de especial vulnerabilidad.

A estos supuestos de suspensión se añade el hecho de que las administraciones públicas aragonesas tampoco podrán ejercer acciones de desahucio con las viviendas de titularidad pública en los casos en que afecten a personas o unidades de convivencia de buena fe y se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

La Ley prevé la comunicación con órganos judiciales en todos estos casos.

3. Medidas para promover el arrendamiento y cesión de viviendas por parte de sus propietarios

Igualmente, la Ley prevé la implantación de determinadas medidas de intermediación entre el Gobierno de Aragón y otros agentes para favorecer la concertación de arrendamientos entre personas propietarias y personas o unidades de convivencia demandantes de vivienda.

También está prevista la formalización de convenios para la cesión por parte de los propietarios de viviendas para integrarlas en el Parque Público de Vivienda Social de Aragón. Este ofrecimiento tiene la contrapartida de dejar en suspenso el proceso de declaración de vivienda desocupada.

Para incentivar estos programas de arrendamiento de viviendas y de cesión de viviendas, el Gobierno de Aragón podrá concertar el aseguramiento de los riesgos inherentes a la ocupación habitacional de las viviendas, que garantice el cobro de la renta, los desperfectos causados, la responsabilidad civil, la asistencia del hogar y la defensa jurídica.

4. Convenios de colaboración del Gobierno de Aragón.

También prevé esta ley la formalización de convenios de colaboración entre el Gobierno de Aragón y las entidades financieras y sus sociedades de gestión inmobiliaria, así como con la SAREB y las personas que operan en el sector inmobiliario para incrementar la oferta de alternativas habitacionales, que tienen por objeto el incremento de la oferta de alternativas habitacionales dignas que permitan adecuada respuesta a las necesidades de alojamiento de personas o unidades de convivencia en situación de vulnerabilidad.

Su objeto puede ser la cesión de uso de viviendas desocupadas.

Estos convenios concretarán la modalidad o modalidades de gestión de las viviendas cedidas, así como otras prestaciones, incluso de naturaleza económica o financiera, dirigidas a incrementar la oferta de alternativas habitacionales dignas, o el acceso a las mismas, a cargo de las entidades privadas que los suscriban. Estas prestaciones quedarán sujetas, en su caso, a lo establecido en la normativa de contratación o de subvenciones del sector público.

5. Cesión y uso de viviendas desocupadas

Cuando las medidas anteriores resulten insuficientes para dar adecuada respuesta a las necesidades de alojamiento de personas o unidades de convivencia en si-

tuación de vulnerabilidad, la Ley establece la obligación de las entidades financieras, sociedades inmobiliarias bajo su control, la SAREB y grandes propietarios de viviendas a poner a disposición de la CA de Aragón de las viviendas de su propiedad, sitas en territorio aragonés, que provengan de un procedimiento de ejecución hipotecaria, de pago o dación en pago de deudas con garantía hipotecaria.

A estos efectos, se entiende por vivienda desocupada la que no se haya destinado a uso residencial, bajo cualquier forma prevista en el ordenamiento jurídico, durante seis meses consecutivos en el curso de un año, teniendo en cuenta que la ocupación debe ser efectiva sin que sea suficiente la existencia de un título jurídico que habilite para ello.

Las causas que justifican la desocupación de una vivienda son varias: las deficientes condiciones de habitabilidad, la pendencia de resolución de litigios sobre la propiedad, la ocupación ilegal, la existencia de una carga legal que impida la ocupación, o que la vivienda tenga un destino legalmente previsto por el ordenamiento jurídico que pueda suponer su desocupación durante más de seis meses consecutivos al año (de temporada, uso turístico, las destinadas a trabajadores, y otras situaciones similares).

La carga de la prueba corresponde a la persona o entidad propietaria.

El órgano competente en materia de vivienda de la CA Aragón designará a una persona o una unidad de convivencia para ocupar las viviendas desocupadas puestas a su disposición. La persona o entidad titular de la vivienda está obligada a otorgar título suficiente para el uso, bajo la fórmula preferente de arrendamiento. Las condiciones básicas del arrendamiento, renta y modelo del contrato se determinarán por orden del departamento competente en materia de vivienda.

En caso de incumplimiento o demora del cumplimiento de las obligaciones de cesión y uso de las viviendas, el titular del departamento competente en materia de vivienda impondrá multas coercitivas, salvo causas debidamente justificadas, cuya cuantía se fijará sobre el valor catastral de la vivienda desde el 1% al 25% del valor catastral del año en curso, en función del tiempo de demora. Los ingresos procedentes de las multas coercitivas tienen carácter finalista y serán destinados a actuaciones en materia de vivienda.

6. Creación del Registro de Viviendas Desocupadas de Aragón

La creación de este registro tiene como finalidad el control y seguimiento de las viviendas desocupadas, con objeto de que la Administración autonómica puede ejercer sus potestades y competencias para la garantía del derecho a la vivienda en situaciones de vulnerabilidad o especial vulnerabilidad.

Se inscribirán en él las viviendas que, situadas en territorio de Aragón, estén legalmente desocupadas, corresponda su titularidad a las entidades financieras, a las sociedades inmobiliarias bajo su control, a la SAREB, o a los grandes propietarios de viviendas y que provengan de un proceso de ejecución hipotecaria, o de pagos o daciones en pago de deudas con garantía hipotecaria en el caso de que su titularidad corresponda a esas entidades financieras.

Los propietarios de las viviendas están obligados a comunicar al Registro de Viviendas Desocupadas la ocupación de las viviendas sujetas al régimen de inscripción establecido en esta ley.

No causa baja en los asientos del registro la ocupación de una vivienda inscrita bajo un régimen de tenencia que no sea el de propiedad.

Mientras el registro de viviendas desocupadas no esté operativo las entidades financieras tienen la obligación de declarar la titularidad de las viviendas desocupadas a la Administración cada 3 meses. El incumplimiento se considera infracción leve sancionable de 1500 a 3000 euros por vivienda no declarada.

7. Creación de un Parque Público de Vivienda Social de Aragón

Otro de los objetivos de la ley es la creación del Parque Público de Vivienda Social de Aragón, como instrumento para la gestión de las políticas de vivienda social de los poderes públicos de Aragón, que abarca todos los municipios de la CA y tiene carácter único. En este parque público de viviendas se incluirán:

a) Las viviendas de las entidades del sector público aragonés, incluido el sector público local.

b) Las viviendas cedidas a cualquier Administración Pública aragonesa por las entidades financieras, las sociedades inmobiliarias bajo su control, la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, SA, las personas o entidades que operan en el sector inmobiliario, o por otras personas físicas o jurídicas, afectadas a este fin.

c) A las personas o unidades de convivencia con necesidad de vivienda de estas características.

El parque también podrá incluir suelos dotacionales o con cualquier otra calificación compatible con la promoción de viviendas u otras formas de alojamiento acordes con su finalidad., viviendas que, una vez construidas, se integrarán en el Parque.

En lo relativo a la legislación sectorial en materia de ***espectáculos públicos y actividades recreativas***, el artículo 2 de la **Ley 5/2016, de 2 de junio, de modifi-**

cación de las Leyes 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la Adolescencia en Aragón, y 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la CA de Aragón, modificó el art. 32 de la Ley 11/2005 en lo relativo a la protección del menor.

En concreto, la nueva redacción del artículo 32 Ley 11/2005 mantiene la prohibición de los menores de entrar y permanecer en salas de fiestas, discotecas, salas de baile y pubs, si bien exceptúa de esta limitación dos supuestos:

a) Las salas con autorización de sesiones para menores de edad, o salas de juventud, en las que se permite la entrada y permanencia de mayores de catorce años y menores de dieciocho, conforme a los requisitos establecidos reglamentariamente.

b) Los menores, acompañados de sus padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, y los mayores de dieciséis años. En ambos casos, exclusivamente durante las actuaciones en directo de un espectáculo público, siempre que se encuentren debida y visiblemente identificados, al objeto de garantizar la prohibición de adquisición y consumo de bebidas alcohólicas, tabaco u otras drogas. Tienen la obligación de abandonar el establecimiento al finalizar la actuación en directo.

II. **JURISPRUDENCIA**

Examinada la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo referida a asuntos acaecidos en la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de urbanismo hay que reseñar dos sentencias. La primera analiza la necesidad de evaluación ambiental estratégica en la tramitación de los planes generales y la segunda trata de la anulación de modificaciones de planeamiento con la única finalidad de eludir la ejecución de sentencias.

Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 2016** (*La Ley* 14334/2016), desestimó el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Aragón y el Ayuntamiento de Montanuy contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón por la que se anuló la aprobación definitiva del Plan General del referido municipio oscense, previa la estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto por una asociación de vecinos al entender que en la tramitación del instrumento de planeamiento se había incurrido en irregularidad procedimental por la omisión de la evaluación ambiental estratégica, que tiene carácter esencial.

El Tribunal Supremo incluye en la sentencia la doctrina jurisprudencial que ha interpretado conjuntamente lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 9/2006 sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas de medio ambiente, que transpuso la Directiva 2001/42/CE, y en su Disposición Transitoria Primera, apartado 2. Atendiendo a los intereses públicos vinculados a la aprobación de cualquier Plan, el TS entiende que ni el retraso que conlleva en su aprobación la sustanciación del procedimiento de EAE o la sujeción de los planes o proyectos de ejecución posterior a evaluación, ni el hecho de que el procedimiento de aprobación del Plan haya respetado los principios de transparencia y participación pública, son justificación para eludir el trámite de evaluación ambiental estratégica, exigido por los arts. 7 y 9 de la Ley 9/2009.

En este sentido confirma el criterio utilizado por el TSJA para anular el PGOU en cuestión porque entendió que el INAGA no debió declarar la inviabilidad de la declaración por lo avanzado de la tramitación del planeamiento, al decir que «era inviable someter dicho Plan al procedimiento de evaluación ambiental *dado el avanzado estado de tramitación del mismo*, decisión que, [...], no puede considerarse motivada, a lo que añade, para evidenciar aún más la improcedencia de tal declaración de inviabilidad, que ni tan siquiera se había procedido a la aprobación provisional de dicho Plan cuando se declaró aquella». Con esta argumentación, el TS concluye que se produjo una completa falta de justificación de esa decisión de la Administración ambiental.

También considera el TS, al igual que el TSJA, que es de plena aplicación al caso la D. T. Primera, apartado 2 de la Ley 9/2006 y que su aplicación no sólo no vulnera el principio de seguridad jurídica sino que lo cumplimenta, al evitar dejar vacíos de contenido los preceptos que establecen la necesidad de someter a evaluación ambiental un PGOU que, aun iniciados los trámites de su elaboración antes del 21 de julio de 2004, la aprobación definitiva se produjo después del 21 de julio de 2006, como fue el caso. A estos efectos, el TS dice que «[...] la causa determinante de la nulidad radical del Plan General es, [...], que la Administración ambiental no ha motivado ni justificado la inviabilidad de someter el Plan General a evaluación ambiental aunque el primer acto preparatorio formal del mismo fuese anterior al 21 de junio de 2004 dado que su aprobación definitiva tuvo lugar con posterioridad al 21 de julio de 2006, razón por la que es plenamente aplicable lo establecido en la Disposición Transitoria Primera.2 de la Ley 9/2006, de 28 de abril»; razón por la cual confirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y confirma la nulidad del Plan General.

La **Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, Sección 5, de 5 de octubre de 2016**, estima el recurso de casación núm. 2948/2015 interpuesto contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo del TSJA de 30 de junio de 2015. Esta sentencia casa y anula la sentencia de instancia, estima el recurso contencioso-administrativo y declara radicalmente nulo el acuerdo de aprobación definitiva de la Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipales del municipio de Novallas. (Roj: STS 4481/2016)

En origen se recurre la modificación de las normas subsidiarias de planeamiento porque la recurrente entiende que es un acto contrario a la sentencia del Juzgado de lo contencioso administrativo núm. 5 de Zaragoza, de 15 de abril de 2010, que anuló las licencias concedidas a una empresa funeraria, concesionaria del servicio de tanatorio, porque no existía una previsión específica en las NN. SS. sobre la actividad de tanatorio, y aun admitiendo que tal actividad fuera un uso compatible con el de «equipamientos de servicios», era necesaria la previa obtención de la licencia ambiental de actividades clasificadas, sin que se hubiera seguido el procedimiento previsto en los artículos 60 y siguientes de la Ley Aragonesa de Protección Ambiental.

Pese a la anulación de las licencias, la actividad de tanatorio sigue ejerciéndose y el municipio inicia el trámite de modificación de las normas subsidiarias para dar encaje al uso de tanatorio. Sobre este particular, la sentencia del TSJA aclara que «Y de lo expuesto con anterioridad se deduce que la modificación puntual ahora examinada, aprobada por la Administración demandada en el ejercicio *ius variandi* que le compete en la ordenación del suelo y que en principio, como resulta de lo expuesto, ha de considerarse justificada desde la perspectiva del interés general o público, obedece a un interés general de concretar, ampliar y especificar de forma más determinada los usos permitidos y compatibles en el suelo urbano, atendiendo a las actuaciones que se están desarrollando y se proponen desarrollar en el municipio de Novallas, tanto por la Administración pública como por la promoción privada, y no la finalidad primordial de eludir el cumplimiento de la sentencia, ahora firme, que anuló las licencias, anteriormente referidas, por las razones expuestas».

El TS reconoce el hecho de que, devenida firme la sentencia que anuló las licencias e iniciado un procedimiento de legalización, luego archivado, el Ayuntamiento inició un procedimiento de modificación de las normas subsidiarias al poco tiempo de tener conocimiento de la sentencia. Igualmente, se refiere, como ya lo hiciera la sentencia del TSJA, al contenido de esta modificación del instrumento de planeamiento, tal y como resulta de la memoria justificativa de la modificación puntual impugnada: «Dadas las distintas actuaciones que se están desarrollando y se proponen desarrollar en el municipio de Novallas, tanto por la Administración pública como por la promoción privada. Se estima necesaria una concreción, ampliación y especificación más determina-

da de los usos permitidos y compatibles en el suelo urbano. En estos momentos se están llevando a cabo los trabajos necesarios para el desarrollo de las siguientes actividades y usos: Desarrollo de nuevo suelo industrial. Posibilidad de instalación de centro comercial e industrias complementarias. Desarrollo de instalaciones industriales. Servicio de lavandería. Desarrollo de instalaciones de nuevas escuelas. Desarrollo de instalaciones sanitarias. Desarrollo de instalaciones comerciales. Desarrollo de instalaciones de restauración y servicio. Algunos de estos usos no están concretados en las ordenanzas actuales. Con la presente modificación se pretende incluir dichos usos dentro de los distintos tipos de suelo urbano. Se modifican 2 partes de las ordenanzas. Por un lado el artículo de normas generales sobre usos. Por otro lado los artículos de limitaciones de usos en las distintas zonificaciones de suelo urbano. Los usos modificados y especificados son propios y compatibles con las zonificaciones. Algunos de estos usos no estaban concretados en las ordenanzas actuales. Con la presente modificación se pretende incluir dichos usos dentro de los distintos tipos de suelo urbano».

En el fundamento jurídico tercero de la sentencia del TS, después de analizar la memoria justificativa de la modificación puntual, concluye que no existe constancia de ninguna de esas actividades «salvo (según admite el propio Ayuntamiento recurrido) la construcción de un colegio público, una lavandería en funcionamiento y un gimnasio municipal, para lo que se está rehabilitando el edificio de una antigua escuela».

A ello añade la paradoja de que al TSJA no le parezca irracional que «los usos sanitarios, entre los que se prevén las clínicas veterinarias, los velatorios y tanatorios, se localicen precisamente en la zona del casco histórico donde se habían concedido las licencias municipales (para la construcción y actividad del tanatorio) jurisdiccionalmente anuladas por sentencia firme, sin advertir que ella misma, al enjuiciar la aprobación del Reglamento regulador de los Servicios Funerarios aprobado por el Ayuntamiento, declaró que «de la ubicación del tanatorio en el casco histórico, que se aduce subsidiariamente en la demanda, basta con poner de manifiesto que la modificación, en efecto, desvincula el tanatorio del cementerio, posibilitando su instalación fuera de su recinto, pero no que tenga que ser en el casco histórico, pudiendo establecerse en cualquier otra zona, mas en uno y otro caso, claro está, siempre que lo permita el planeamiento urbanístico en vigor y conforme a la normativa que sea de aplicación», a pesar de que el tanatorio en cuestión, como ella misma reconoce en ese mismo fundamento jurídico de la sentencia recurrida, ya estaba construido y en funcionamiento al amparo de las licencias anuladas».

El TS no considera razonable la amplia justificación de la concreción de usos expuesta en la memoria justificativa de la modificación de las Normas Subsidiarias de un pequeño municipio, cuando lo realizado a su amparo ha sido un colegio público, una lavandería y la rehabilitación de una antigua escuela para gimnasio. Concluye que «contrariamente al parecer de la Sala de instancia, consideramos que la justificación ofrecida es completamente insincera y la finalidad, al aprobar definitivamente esa Modificación Puntual de las Normas Subsidiarias de Planeamiento del municipio de Novallas (Zaragoza), no ha sido otra que la de eludir las consecuencias derivadas de la sentencia firme que anuló las licencias de construcción y de apertura de un velatorio, concedidas por resoluciones del Ayuntamiento de Novallas de fechas 3 de octubre de 2008, 3 de abril y 3 julio de 2009, ordenando además el cese de la actividad y la clausura del establecimiento, dictada, con fecha 15 de abril de 2010, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 5 de Zaragoza en el procedimiento ordinario 276 de 2009, y, por consiguiente, la Sala de instancia, al considerar ajustada a derecho dicha Modificación Puntual, ha infringido los preceptos y jurisprudencia invocados al articular este segundo motivo de casación, que por ello debe prosperar».

En lo que se refiere a la labor jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a lo largo de 2016, destacan sentencias sobre asuntos dispares pero de trascendencia práctica para el aplicador del derecho.

En materia de licencias urbanísticas se incluyen sentencias que analizan el principio de concesión dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero o aquellas que se refieren al régimen aplicable a las zonas de borde en los municipios de régimen urbanístico simplificado.

También destaca una sentencia que analiza la legalidad de la ordenanza sobre antenas de telefonía móvil de Huesca, interesante porque establece, en la misma línea que los pronunciamientos del Tribunal Supremo, los límites en los que puede moverse la labor normativa del municipio en esta materia, si bien es verdad que la nueva Ley 9/2014, General de Telecomunicaciones, ha reducido sensiblemente los requisitos formales para la implantación de antenas de telefonía móvil, con el fin de eliminar obstáculos que supongan una ralentización del sector.

Otros temas destacables en las sentencias que a continuación se analizan son la aplicación de los procedimientos de revisión de oficio de licencias urbanísticas, que también incide en el examen del ejercicio de la acción pública en caso de licencias de actividad, el concepto de riesgo de formación de núcleo de población, la distinción entre obras de urbanización y obras de conservación, la distinción entre cargas de urbanización y diferencias de adjudicación, o la discrecionalidad técnica de la administración a la hora de proceder a la cataloga-

ción de determinados bienes así como a la hora de elegir la categoría dentro de las legales vigentes en la que se cataloga un bien.

La **Sentencia 17/2016, de 19 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, del TSJA** (Roj: STSJ AR 144/2016) desestima el recurso de apelación núm. 430/2012, interpuesto por el Ayuntamiento de Jaca contra la denegación de una licencia de obras y ambiental de actividad clasificada para servicios funerarios y apertura de tanatorio.

El asunto trae causa de una permuta de un terreno no urbanizable de 5000 m^2 por una parcela municipal de 1000 m^2 para la construcción de almacén. Con la permuta se desafectó la parcela municipal, calificándose como bien patrimonial. El concreto uso previsto en el planeamiento para esa parcela era equipamiento no lucrativo, colindante con un tanatorio municipal. Solicitada información urbanística, el Ayuntamiento reconoce que solamente pueden implantarse en esa parcela usos vinculados a la actividad relacionada con el tanatorio municipal colindante, si bien era admisible la actividad comercial de venta de productos y servicios relacionados con el uso principal en tanto que uso complementario.

Pese a estas determinaciones de planeamiento, la permuta se formaliza sin compensación económica y sin limitación de usos. Posteriormente, se concede licencia para la actividad de uso vinculado a la actividad relacionada con el tanatorio municipal colindante, no admitiéndose ningún otro.

Transcurridos 4 años, la recurrente solicita licencia de obras y adecuación de licencia ambiental de actividad clasificada para uso de tanatorio, que el Ayuntamiento deniega fundada en el hecho de que la valoración del terreno, en el momento de la permuta, se realizó como uso no lucrativo y no como uso comercial. Entiende el Ayuntamiento que de haberse valorado de otro modo, la contraprestación recibida por el municipio hubiese sido mayor, que las condiciones de la permuta fueron admitidas y son vinculantes y que, de admitir otros usos, nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto.

La Sentencia de instancia estima el recurso y declara el derecho a la licencia solicitada porque entiende que no hay ningún motivo de legalidad urbanística para la denegación de la licencia de tanatorio.

El TSJA, en respuesta al recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Jaca, reconoce que, en aplicación del principio por el cual «las licencias se otorgarán dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio de tercero» los terceros no pueden exigir el cumplimiento de la acreditación de la propiedad al impugnar una licencia. Igualmente, las actuaciones privadas no pueden condicionar las decisiones administrativas, reconociendo que «una

cuestión derivada de una venta, como es la permuta de terrenos y las condiciones que se establecieran en la misma, incluso un eventual enriquecimiento injusto a favor del licenciatario, no puede servir como causa de denegación de la licencia», porque el uso del suelo y la licencia han de concederse –o no– exclusivamente por motivos de adecuación al ordenamiento urbanístico, como manifiesta la doctrina consolidada.

Deja sentado el TSJA que el Ayuntamiento, en el procedimiento de concesión de licencias, no puede ejercer otras competencias que las urbanísticas. No puede denegar una licencia basada en cuestiones de propiedad, tampoco una licencia urbanística puede implicar autorización para el uso de dominio público «salvo en el excepcional supuesto de que una necesaria defensa del dominio público así lo imponga, y de modo patente, claro e inequívoco, conste la titularidad pública, ya que en otro caso estaríamos ante la utilización de una potestad para fines diferentes de aquellos para los que fue conferida». Este principio deja a salvo los posibles derechos de terceros, afectados con el otorgamiento de la licencia, pero esto no reemplaza ni exonera a la Administración de sus derechos de defensa de su patrimonio y de los bienes de dominio público.

El control urbanístico que la licencia supone debe contraerse al cumplimiento, por parte de los administrados, de las normas jurídicas contenidas en la normativa urbanística aplicable, así como en los instrumentos de planeamiento vigentes y las ordenanzas municipales. El TSJA remite a la jurisprudencia del TS relativa al carácter reglado no sólo del acto de la concesión sino también del contenido de las licencias. Una licencia, como técnica de control, no puede desnaturalizarse y convertirse en medio para conseguir, fuera de los cauces legítimos, un objetivo distinto. La Administración no puede sustituir al juez civil en el reconocimiento de derechos dominicales, y por esta razón se conceden a salvo el derecho de propiedad. «[...] Si la solicitud de licencia reunía todos los requisitos necesarios para su obtención, desde el punto de vista urbanístico, el Ayuntamiento debió otorgarla en los términos pedidos, sin perjuicio de la ulterior determinación del derecho a la recuperación de los bienes demaniales por la Administración reivindicante, mediante el ejercicio de las acciones procedentes (interdictos, acción reivindicatoria, etc.) ante el juez competente, [...]», si consideraba que los bienes a los que afectaba la licencia eran demaniales.

Por esta razón desestima el recurso de apelación y obliga a la concesión de licencia urbanística.

La **Sentencia 45/2016, de 27 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª del TSJA** (Roj: STSJ AR 146/2016), estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo núm. 245/2012, interpuesto contra la

aprobación definitiva de la Ordenanza Municipal Reguladora de la Instalación y Funcionamiento de Infraestructuras Radioeléctricas del municipio de Huesca. El TSJA declaró no conforme a derecho el art. 1.1 cuando dice «se realice con todas las garantías de seguridad», los arts. 6.2, 6.3, 6.4, el término «favorable» del art. 9.7 y art. 20, confirmando el resto de la ordenanza.

Son varios los asuntos que trata la sentencia:

1. El TSJA, remitiéndose a la STS de 24 de febrero de 2015, que a su vez remite a la de 22 de marzo de 2011, concluye que el informe sectorial contemplado en el art. 26 de la LGTel sólo es preceptivo cuanto las ordenanzas sean verdaderos instrumentos de planeamiento o de ordenación urbanística, siquiera complementario. Por esta razón entiende que en el presente caso no hay defecto procedimental porque la ordenanza no planifica urbanísticamente la ciudad de Huesca.

2. En orden a los concretos artículos recurridos:

- Sobre la falta de competencia del Ayuntamiento para regular en materia de telecomunicaciones aspectos técnicos de las instalaciones de telecomunicaciones y en materia sanitaria (apdos. 3 y 4 del art. 6 de la ordenanza, que incorpora criterios para la instalación de los equipos), el TSJA reconoce que la regulación municipal excede sobradamente y encuentra difícil justificación en competencias municipales como las invocadas (urbanismo (art. 25.2 d) LRBRL), patrimonio histórico-artístico (art. 25.2 c), protección del medio ambiente (art. 25.2 f) y salubridad pública (art. 25.2 h), porque introduce nuevos umbrales de emisión de radiaciones que son de exclusiva competencia estatal. Menos justificación tiene y más se evidencia el exceso regulatorio cuando exige la justificación documental de la imposibilidad de cumplimiento de la recomendación del Consejo de Europa. Sobre este punto concluye que «ni la Administración demandada puede regular materias a su competencia, ni siquiera aunque se limite a reproducir la normativa estatal en la materia, como dice la Sala Tercera en su sentencia de 11 de febrero de 2013 de constante referencia, ni puede decirse que los apdos. impugnados se limiten a introducir una mera recomendación, pues impone un concreto deber de actuación por referencia al cumplimiento o incumplimiento de los umbrales de emisión recomendados. En definitiva, el Ayuntamiento al regular del modo en que lo hace la materia en cuestión, se excede en sus competencias, pues no puede encontrar amparo y sustento en ellas lo regulado, invadiendo competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones y protección del dominio público radioeléctrico». Por esta razón, anula los apdos. 3 y 4 del art. 6.

- Por iguales razones anula el art. 6.2 que obliga a la utilización de la solución constructiva que mejor contribuya a la minimización del impacto visual porque, como afirma reiterada jurisprudencia del TS, «hay una invasión de competencias y una verdadera confusión entre impacto ambiental y exigencia técnica y debe haber un régimen unitario en la materia».
- Al amparo de la doctrina del TS que predicó la anulación de la exigencia de la mejor tecnología disponible, el TSJA anula el art. 1.1 en cuanto hace mención a que «se realice con todas las garantías de seguridad», así como los arts. 6.1 a) y b) que no son sino criterios ya expuestos en el R.D. 1066/2001 y, por tanto, nulos por redundantes y porque no es el Ayuntamiento competente para la adopción de umbrales y espacios sensibles.
- Anula, igualmente, el art. 9.7 al entender no ajustada a derecho la necesidad de informe favorable de la Comisión Municipal de Urbanismo para la instalación de los elementos y equipos en todo el término municipal porque «[...] no puede dejarse en manos de una Comisión informativa la concesión o no de una licencia. Y en este punto tiene razón la recurrente pues este precepto, vulnera lo dispuesto en el art. 82 y 83 de la Ley 30/1992, pues sólo pueden ser vinculantes los informes exigidos por la Ley, lo que no es el caso».
- Tampoco considera ajustada a derecho la *renovación o sustitución de instalaciones* prevista en el art. 20, que anula, porque «no puede confirmarse una exigencia como la que aquí se impone desconociendo dos extremos especialmente relevantes. No pueden exigirse los mismos requisitos para una sustitución técnica que los exigidos para la primera autorización. Y en cualquier caso, como venimos reiterando, la competencia para autorizar ese cambio técnico la tendrían las autoridades sectoriales y no las municipales, si no existe motivo urbanístico que lo imponga. Algo que en el precepto, ni se menciona».

3. Mantiene la legalidad de los artículos siguientes:

- El artículo 17, apdos. 3, 4 y 7 de la Ordenanza que regula la documentación exigible con la solicitud de licencias, que demandan acreditación de la presentación ante el órgano competente por razón de la materia de la solicitud de autorización del proyecto técnico de las instalaciones radioeléctricas, o en su defecto, siempre que no sea viable dicha acreditación, declaración jurada de haberla realizado, copia de la ficha resumen de datos de la instalación aportada en dicho proyecto, incluyendo potencia y diagrama de emisión y proyecto técnico por triplicado, firmado por técnico competente, conforme a la normativa actual de construcción y el CTE.

- La D. T. Primera, apartado 1.3, que exige a todas las instalaciones existentes acreditación, en el plazo de un mes desde su entrada en vigor, del cumplimiento de los límites de referencia del RD 1066/01, con la copia de la última certificación exigible presentada al Ministerio de Industria, porque no es lo mismo exigir una documentación presentada ante el órgano competente que decidir la validez de los requisitos técnicos.
- Las excepciones de aplicación de la ordenanza previstas en el art. 2.2 y art. 2.4, porque el diferente trato está fundado en el art. 4 de la LGTel o en el uso compartido de las instalaciones previsto en el art. 14.
- Tampoco incurren en causa de ilegalidad la retirada de instalaciones en el momento del cese de la actividad, previstas en el art. 19.3, y el régimen sancionador.

La **Sentencia 101/2016 de 4 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de la Aragón** (Roj: STSJ AR 210/2016), estimó el recurso de apelación interpuesto contra un sentencia del JCA núm. 1 de Huesca, cuyo objeto fue la desestimación presunta de la petición relativa a denuncia de incumplimientos de la normativa urbanística de determinadas licencias para la actividad de discoteca.

Los recurrentes son padres de una niña fallecida por atropello del ferrocarril después de salir de una discoteca. En la demanda se alegó que el uso de discoteca nunca debió ser autorizado porque los edificios construidos incumplían la limitación de distancia a la vía férrea y a la carretera, señalada en la Ley 16/1987 de 30 de julio de Ordenación de Transportes Terrestres; al tiempo que entendían que el uso de discoteca carecía de interés social como para ser autorizado en suelo no urbanizable.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso administrativo por cuanto solo es posible el ejercicio de la acción pública para la anulación de licencias urbanísticas, no en caso de las licencias de actividad o de instalación. Igualmente, estableció la sentencia la imposibilidad de adoptar medidas de restablecimiento de legalidad urbanística o sanciones urbanísticas porque había transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años.

El TSJA analiza en primer lugar el alcance de la acción pública en materia de urbanismo y puntualiza que la acción pública en materia de urbanismo se dirige no sólo a restablecer la legalidad urbanística e imponer sanciones por lo que «[...] no siempre está sometida a plazo de prescripción». Entiende que es de aplicación el art. 10 LUA/1999 porque los hechos fueron denunciados antes de la entrada en vigor de la LUA/2009, por lo que puede solicitarse, frente a obras contrarias al planeamiento, tanto la revisión o nulidad, como las medi-

das sancionadoras y de restablecimiento de legalidad urbanística, porque «[...] el cumplimiento de la legalidad urbanística no es algo que quede a expensas de denuncia alguna, sino que debe llevarse a cabo, en todo caso y en todo tiempo, por las autoridades con competencia en la ordenación urbanística». Y esto es así, porque la revisión de la licencias no está sometida a prescripción (art. 200 LUA/1999). Por esta razón, si se solicita la nulidad de una licencia y la puesta en marcha de mecanismos de restablecimiento de legalidad urbanística y de sanciones, podrán prescribir las sanciones pero no el mecanismo de la revisión.

Aclara el TSJA que el ejercicio de la acción pública «puede y debe ejercerse tanto frente a licencias de obra, como frente a licencias de actividad o instalación, pues así está dicho con reiteración por el Tribunal Supremo (Sentencias citadas por el apelante SSTS de 28 de marzo de 200 y de 3 de diciembre de 2001). Es sabido que al ordenamiento urbanístico no le es indiferente el uso que damos a las edificaciones, por eso regula el uso posible mismo tanto en la calificación como en la clasificación del suelo. Como quiera que las licencias de actividad sometidas a normativas ambientales y de entre todas y por aplicación al caso citamos, el art. 30 del Reglamento de Actividades Molestas (RAMINP) permiten la denegación de la licencia por defectuoso emplazamiento de conformidad a la normativa urbanística, es claro que –a diferencia de lo que sostiene la Sentencia–, es posible su impugnación por medio de la acción pública».

El TSJA reconoce el planteamiento acumulado de la revisión de las licencias y de la acción de restablecimiento de legalidad e imposición de sanciones, pero en el caso de petición acumulada primero deberá determinarse si las licencias son objeto de revisión y sólo en el caso de que estas sean nulas, acceder a las medidas de restablecimiento y sanción que no hayan prescrito, después de declarar la nulidad de la licencia. En el caso concreto, el TSJA reconoce que no han prescrito las obras efectuadas al amparo de las licencias de 2006 y de 2008 y las obras efectuadas en suelo no urbanizable especial al amparo de las licencias de 2002 y 2003, ya que la infracción se calificaría como muy grave (arts. 205 y 209.1 LUA/99). Abunda en lo anterior argumentando que el uso de las instalaciones sólo prescribe desde que se ha finalizado la actividad (art. 209.3 LUA/99).

Respecto del expediente de revisión de oficio de una licencia, el TSJA recuerda la jurisprudencia del TS que ha distinguido tradicionalmente dos fases en este tipo de procedimientos: la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina si el acto adolece o no de los vicios que determinarían su revisión y una segunda fase, que sólo se abre si la primera concluye de manera afirmativa, que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equipara-

ble a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita.

También ha reconocido la jurisprudencia que la no realización del procedimiento completo, con las dos fases, impide conocer el fondo de la revisión en vía jurisdiccional porque «el examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado, de tal manera que, eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida (sentencias de 24 de octubre de 2000, de 7 de mayo de 1992 (de la Sala Especial del artículo 61 de la LOPJ) de 22 de octubre de 1990, 18 de abril de 1988 y 21 de febrero de 1983, entre otras)».

En el análisis de las diferentes licencias otorgadas distingue las dictadas en aplicación de las normas subsidiarias y complementarias del ámbito de la provincia de Huesca de 1991 de aquellas otras dictadas en aplicación del PGOU de 2002. En el primer caso, resultaba de aplicación la normativa estatal en materia de carreteras y ferrocarriles, al amparo de lo dispuesto en el Título III, puntos 3.1 y 3.4 de las NNSS, que prohibían cualquier edificación «a menos de 5 metros del borde de la calzada en carreteras nacionales» y «a menos de 50 ml del carril exterior salvo en las zonas clasificadas como suelo urbano que cuenten con la línea de edificación a menor distancia». Sin embargo, el punto 6.4.b) del PGOU 2002, que regulaba la autorización de usos en suelo no urbanizable especial, respecto de la tolerancia de edificación exigía el cumplimiento de la legislación específica en suelos de protección de viales. Por esta razón, el TSJA concluye que «[...] a diferencia de lo que se señala en la Sentencia apelada, sí existe una disposición normativa en el planeamiento que obliga como es el caso a respetar unas distancias a vías férreas o vías circulatorias, el no cumplimiento de la misma puede dar lugar a la denegación de la licencia o –como ocurre en este caso– a la anulación de la concedida. Ello con independencia de que la Administración competente para conceder esta autorización tenga a su vez competencia –con su normativa específica–, para denegar la autorización o para obligar a demolición de la construcción», porque la licencia municipal no «elimina la eventual necesidad de otras autorizaciones cuya concesión se atribuya, como competencia propia, a otra Administración distinta de la Local, ni constituye, por sí sola y en todo caso, el título que habilite para la realización efectiva de tales obras». Consideró que la Administración municipal antes de conceder la

licencia debió atender a sus normas urbanísticas y si no se respetaban las distancias de la edificación a las vías establecidas en las normas, debió denegar la licencia; razón por la que existe motivo para la apertura del expediente de revisión de oficio.

Con estos argumentos el TSJA estima el recurso de apelación, revoca la sentencia apelada y estima el recurso contencioso administrativo, condenando al Ayuntamiento de Altorricón a la apertura de expediente de revisión de las licencias objeto de este recurso, hasta su resolución.

Resulta también de interés, porque define qué se considera y no riesgo de formación de núcleo de población, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, del TSJA de fecha 29 de julio de 2016** (STSJ AR 1023/2016), que estima un recurso de apelación contra una sentencia del JCA núm. 1 de Teruel que desestimó el recurso contencioso administrativo contra sendas resoluciones de la Dirección General de Urbanismo de demolición de una edificación. La licencia de construcción de la vivienda en suelo no urbanizable genérico fue denegada por el Ayuntamiento de Teruel porque existía riesgo de formación de núcleo de población.

El TSJA no considera que en el supuesto de examen exista riesgo de formación de núcleo de población «ni a través de una interpretación jurídica, ni fáctica», porque entiende que del concepto que resulta del art. 179.2 LUA 1999 o del art. 246.2 LUA 2009 («en defecto de caracterización más estricta en el planeamiento, se considera núcleo de población la agrupación de edificaciones residenciales, susceptibles de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes») no significa que el mero hecho de necesitar servicios urbanísticos y dotaciones comunes, ya se integra el concepto jurídico indeterminado de «riesgo de formación de núcleo urbano». Es necesario que «[...] previo a este concepto es la necesidad de que haya viviendas agrupadas. Esto es que estén lo suficientemente agrupadas y cercanas para que este riesgo se dé, pues de lo contrario pudiéramos llegar al absurdo de que por utilizar servicios comunes, aunque una vivienda esté lejana a otra, ya exista ese riesgo. De ahí que también es estrictamente necesario acreditar la cercanía de las edificaciones. Concepto que tradicionalmente han utilizado los planes y las normas subsidiarias y que por el hecho de que no haya ninguno de aplicación directa al caso, no significa que no tengamos que integrar los hechos en algún norma de aplicación, pues así lo demanda el necesario carácter objetivo de estas decisiones».

En el caso objeto de enjuiciamiento, el art. 2.3.1.8.2 de las NN SS de Teruel presumen la existencia de riesgo de formación de núcleo urbano cuando haya más de tres edificaciones dentro de un círculo con centro en una de ellas y radio de 150 metros. Al quedar demostrado que en este radio no existe ninguna

construcción, como demuestra un informe pericial, la sentencia concluye que no hay viviendas agrupadas ni motivo para no legalizar la vivienda del apelante.

En la **Sentencia 397/2016, de 15 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 1ª, del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 1106/2016), se analizan las zonas de borde de los municipios sujetos a régimen urbanístico simplificado.

En este supuesto se estima un recurso de apelación interpuesto contra una sentencia del JCA núm. 1 de Teruel que, previa estimación del recurso contencioso administrativo, anuló los acuerdos de denegación de la licencia de obras para la construcción de un edificio para instalar una explotación apícola, por incumplir los parámetros del suelo no urbanizable genérico, aplicando la regulación de la zona de borde. Consecuentemente, y sin entrar a valorar las alegaciones municipales de considerar el suelo no urbanizable especial y, por lo tanto, inaplicable el régimen de las zonas de borde, reconoció el derecho a la concesión de la licencia de obras.

Interpuesto recurso de apelación por el Ayuntamiento de Teruel, el TSJA reconoce que las licencias son materia reglada y el otorgamiento de las mismas sólo es posible si es acorde con el ordenamiento vigente, razón por la cual el JCA no debió proceder sin más al otorgamiento de la licencia. El proyecto presentado para obtención de licencia partía de considerar el suelo como urbano, circunstancia esta desestimada por los informes municipales que consideraron el suelo como no urbanizable genérico. Es en fase de recurso de reposición donde el recurrente considera el suelo como asimilable a urbano «por encontrarse en zona de borde de núcleo» y solicita la aplicación de este régimen, que también desestima el Ayuntamiento.

Resulta probado que se trata de un suelo no urbanizable y el hecho de que pudiera encontrarse en una zona de borde «no lo hace asimilable al suelo urbano, ni que le sea de aplicación la normativa de esta clase de suelo». De la regulación prevista en el art. 285 LUA 2009 no se desprende que el que el suelo en cuestión pudiera estar incluido en zona de borde le hiciera perder la clasificación de no urbanizable, ni resultara de aplicación el régimen del suelo urbano.

De las actuaciones practicadas tampoco puede desprenderse que se trate de un suelo no urbanizable especial, aunque sean terrenos comprendidos en la zona de policía de cauce. Tratándose de suelo no urbanizable genérico, la recurrente podría instar la concesión de licencia de edificación acogiéndose al régimen de las zonas de borde. Por lo tanto, a diferencia de la sentencia de instancia, el TSJA considera ajustadas a derecho las resoluciones administrativas que

denegaron la licencia, porque al tratarse de esa clase de suelo y estar dentro de la zona de borde «debía ajustarse bien a las propias del régimen general de aquel suelo o bien a las del específico de estas zonas [...] y seguirse los concretos trámites previstos», razón por la que estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia.

La **Sentencia 451/2016, de 26 de octubre, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 1447/2016), desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Barbastro de aprobación definitiva del texto refundido de una modificación aislada del PGOU.

Esta sentencia resulta interesante no tanto por ser novedosa en sus conclusiones sino porque compendia cuestiones a tener en cuenta en la elaboración de instrumentos de planeamiento.

El objeto de la modificación aislada de PGOU vino motivado por la adecuación de este al Plan Especial de Protección y Reforma del Casco Histórico de Barbastro. Esta modificación delimitó una unidad de ejecución que incluyó a otras dos anteriormente existentes en el casco histórico. Además, la modificación tenía por objeto ejecutar una actuación urbanística de rehabilitación o reforma interior y, con ello, la creación de un vial de 15 metros de anchura, la ampliación de la anchura de otros viales ya existentes, el acceso peatonal a un aparcamiento, la recalificación de terrenos destinados a equipamiento escolar.

El recurso se fundamentó en que la modificación de PGOU no respetó el carácter reglado del suelo urbano consolidado, ya que en el ámbito existían suelos con edificaciones plenamente consolidadas, con todos los servicios urbanísticos para obtener la condición de solar con actuaciones aisladas.

El TSJA reconoció dos cosas: el carácter reglado de la clasificación de suelo urbano consolidado y que la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado ha de efectuarse «en los límites de la realidad». A tal efecto, examinó la evolución de la jurisprudencia en la distinción entre suelo urbano consolidado y no consolidado, citando una STS de 4 de marzo de 2016. En esa sentencia, que transcribe parcialmente, aclara que la jurisprudencia sobre la distinción entre el suelo urbano consolidado y no consolidado por la urbanización, en relación con las cargas de cesión establecidas en el artículo 14 de la Ley 6/98, ha fluctuado, coexistiendo dos líneas de sentencias paralelas y diferentes:

a) La línea jurisprudencial representada por Sentencias como las de 31 de mayo de 2006 (recurso 1835/03) y 26 de octubre de 2006 (recurso 3218/03), que admiten la sujeción al régimen de cargas del artículo 14.2 de la Ley 6/98

de los terrenos sometidos a operaciones integrales de urbanización, aunque en su origen, y por sus características de urbanización y edificación, hubieren merecido la categorización de suelo consolidado.

b) La línea mayoritaria, que hoy ya es única, representada por sentencias de 23 de septiembre de 2008 (recurso 4731/04), 26 de marzo de 2010 (recurso 1382/06), 21 de julio de 2011 (recurso 201/08) y 15 de junio de 2012 (recurso 2130/09), que defiende que el suelo consolidado por la urbanización no puede degradarse a suelo no consolidado por la realización de obras de transformación urbanística. Considera que la degradación en la categorización del terreno por la sola alteración del planeamiento, además de resultar ajena a la realidad de las cosas, produce consecuencias difícilmente compatibles con el principio de equidistribución de beneficios y cargas derivados del planeamiento.

> [...] Como explica la sentencia de 14 de julio de 2011 (casación 1543/08), lo anterior significa, en el plano de la gestión urbanística, la imposibilidad de someter al régimen de cargas de las actuaciones sistemáticas, que son propias del suelo urbano no consolidado, a terrenos que merecían la categorización de urbano consolidado conforme a la realidad física preexistente al planeamiento que prevé la nueva ordenación, la mejora o la reurbanización; y ello porque no procede devaluar el estatuto jurídico de los propietarios de esta clase de suelo exigiéndoles el cumplimiento de las cargas y obligaciones establecidas para los propietarios del suelo no consolidado.
>
> Aunque los criterios de distinción entre las categorías primarias del suelo urbano es un cometido que corresponde detallar a la legislación autonómica y así se declara en el FJ 20 de la STC 164/2001, ello lo es siempre dentro de los límites de la realidad con la que ha de operarse y sin impedir la aplicación inmediata en estos aspectos de los preceptos de la Ley 6/1998, de 13 de abril, que establecen las «condiciones básicas» que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes (149.1.1 de la Constitución), para lo cual se establece la división del suelo en urbano no consolidado y consolidado, excluyendo a los propietarios de estos últimos de los deberes de cesión [...].

En apoyo de esta tesis también cita la STC 94/2014, de 12 de junio, que recoge el TS en sentencia de 15 de julio de 2015, para concluir que en el caso de enjuiciamiento no nos encontramos ante una descategorización de las parcelas, porque el planeamiento no les ha otorgado nunca la condición de suelo urbano consolidado, ni han participado nunca en proceso de equidistribución alguno, por lo que esos suelos no están consolidados por la urbanización.

La sentencia del TSJA también se pronuncia sobre la distinción entre revisión y modificación puntual del PGOU y confirma que, en aplicación de lo dis-

puesto en el art. 72.2 LUA, el ensanchamiento de determinados viales no afecta «sustancialmente» a la estructura general y orgánica del territorio ni supone una variación del modelo territorial del PGOU, que motive la revisión.

Al hilo de lo anterior, la sentencia del TSJA también menciona la nueva jurisprudencia dictada a propósito de los sistemas generales, después de la entrada en vigor de la Ley 8/2007 y el TRLS/2008, con arreglo a la cual no considera sistemas generales ninguno de los viales modificados por el planeamiento, porque para que lo sean tienen que caracterizarse por ser elementos determinantes de la estructura general y orgánica del territorio. Antes bien, entiende la sentencia que «resulta más clara la consideración de sistemas locales [...]. Tanto de la reserva de espacio entre las calles [...] para vial y aparcamiento, como del acceso al área de aparcamiento [...] y de la creación del vial de 15 metros se verá especialmente beneficiado el ámbito en cuestión. Se trata de viales y acceso que proporcionan o favorecen la accesibilidad rodada y peatonal a las áreas 14 y 15, y provee de plazas de aparcamiento en espacios de uso público dentro del propio ámbito, sin que tal beneficio especial quede desvirtuado por el uso que podrán hacer los usuarios de la zona comercial del Paseo del Coso, pues no es ese el objetivo de la modificación con su inclusión, sino la de dotar al ámbito de los servicios e infraestructuras que precisa».

Finalmente, la sentencia del TSJA se refiere a la doctrina del TS incluida en una reciente sentencia de 11 de febrero de 2016, respecto a la exigibilidad del estudio económico y financiero. Sobre este particular, resume que la jurisprudencia no ha devaluado o reducido la exigencia del EEF, sino que ratifica su exigencia como un elemento esencial de los instrumentos de planeamiento, que ningún instrumento de planeamiento está exceptuado del EEF, que su contenido debe permitir conocer «la viabilidad económica de la actuación concernida» y que, en todo caso, cualquier litigio debe resolverse atendiendo de forma casuística a las concretas circunstancias que en él concurren.

Al respecto concluye que en la modificación del PGOU se ponen de manifiesto los datos económicos y previsiones de gestión que revelan la viabilidad de la ejecución del ámbito en cuestión.

Así las cosas, desestima todos los motivos alegados en el recurso.

La **Sentencia 521/2016, de 22 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 1620/2016), desestimó el recurso de apelación presentado contra la sentencia del JCA núm. 2 de Zaragoza que estimó parcialmente un recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta a la solicitud de recepción formal de las obras de urbanización de un área de intervención en Mequinenza.

En el supuesto que nos ocupa se trata de discernir entre obras de urbanización y obras de edificación, así como delimitar la obligación municipal de recepción de las obras de urbanización y la obligación municipal de ejercitar la potestad de disciplina urbanística.

Así, solicitada la recepción formal de las obras de urbanización de un área de intervención, el Ayuntamiento no resuelve expresamente porque considera que antes debe repararse un talud trasero dentro de las parcelas de viviendas y, en consecuencia, tampoco resuelve sobre la devolución del aval que garantiza el 90% de la urbanización, a los efectos de favorecer la ejecución simultánea de la urbanización y edificación. El silencio administrativo afecta, igualmente, a la instalación de contadores individuales de agua en las viviendas.

La sentencia de instancia considera que al negar la recepción formal de las obras de urbanización y la devolución del aval utiliza la retención del aval para un fin no previsto en la norma porque entiende que la reparación o consolidación del talud que se encuentra en terreno de propiedad particular, en el que se están simultaneando las obras de edificación y de urbanización «no es una obra de urbanización, ni, por ello, puede imponer el Ayuntamiento como condición para la recepción de la Unidad y la devolución del aval, los trabajos que decida precisos para la consolidación del mismo». El JCA concluye que el Ayuntamiento debe recibir las obras, devolver el aval e instalar los contadores individuales de agua.

El Ayuntamiento de Mequinenza interpone recurso de apelación al entender que se ha producido un error de apreciación y valoración de la prueba, porque consideró que la actuación sobre el talud era parte inescindible del proyecto de urbanización, que tales obras se estaban ejecutando incluso con anterioridad al inicio de las obras de edificación y que fue la promotora la que unilateralmente varió la actuación del talud, separándose del contenido del proyecto de urbanización. Por el contrario, la representación procesal de la apelada interpretó que la actuación prevista no formaba parte del proyecto de urbanización y que no procedía que el Ayuntamiento exigiera la reposición del talud y menos supeditar la recepción de las obras y devolución del aval a la ejecución de unas obras que no son obras de urbanización.

El TSJA entra a valorar si las obras en el talud son obras de urbanización u obras de edificación, ya que de ello dependerá la estimación o no del recurso de apelación. En esta labor, el TSJA reconoce que el Ayuntamiento no ha probado los fundamentos fácticos de su pretensión al tiempo que contradice a los técnicos municipales que se manifestaron a favor de la recepción de las obras de urbanización «por hallarse correctamente ejecutadas conforme a proyecto». Entiende que no debe confundirse la correcta ejecución de las obras de urbanización

con otras cuestiones de disciplina urbanística cuando dice que «debe distinguirse la debida ejecución de las obras de urbanización, entre las que no consta actuación alguna sobre el talud, de aspectos y cuestiones de disciplina urbanística, de suerte que no puede emplearse con tales fines, instrumentos concebidos con diferente función, para forzar un pretendido ajuste a la legalidad urbanística a quien ya no puede ser sujeto de intervención en materia de disciplina urbanística. Si las obras de urbanización están correctamente ejecutadas [...], deben ser recibidas por la Administración y los avales devueltos. Si construcciones privadas no se ajustan al planeamiento, la Administración deberá, en su caso, ejercer las potestades que posee legalmente en materia de disciplina urbanística, respecto del titular de la construcción en la que se haya podido detectar algún desajuste con el planeamiento. Desde luego, no cabe responsabilizar a quien no es titular de la construcción de responsabilidades urbanísticas, mediante la retención de un aval que no tiene finalidad disciplinaria urbanística o mediante la negación a la recepción de las obras de urbanización. No es un problema de ejecución urbanística, sino de disciplina y se pretende actuar en este terreno con instrumentos concebidos para su operatividad en aquel primer plano».

Desestima el recurso de apelación interpuesto por el municipio porque entiende que debió devolverse el aval porque las obras de urbanización estaban correctamente ejecutadas. Al mismo tiempo, añade que si existen determinadas obras sin ejecutar o en mal estado de ejecución, el mecanismo procedente es el de la disciplina urbanística.

La **Sentencia 523/2016, de 14 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 1649/2016), desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una resolución del Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón por la que se declaró como Bien Catalogado del Patrimonio Cultural Aragonés la Factoría Averly de Zaragoza.

El contenido del acuerdo autonómico de catalogación distinguía unos bienes inmuebles, bienes muebles y determinados bienes documentales, sin llegar a catalogar la totalidad de la finca.

La entidad recurrente, en esencia, solicitaba la catalogación de todo el conjunto como bien de interés cultural, por ser ejemplo de arquitectura industrial.

La sentencia en el fundamento segundo incluye un resumen exhaustivo de los acontecimientos más destacados del expediente administrativo de catalogación, para, a continuación, en el fundamento tercero analizar la normativa aplicable, resumiendo que la competencia en materia de patrimonio histórico y cultural corresponde a las Comunidades Autónomas.

Posteriormente, examina la doctrina jurisprudencial acerca de la naturaleza discrecional o reglada de las potestades o facultades de la Administración en cuanto a la protección y catalogación de los bienes del patrimonio cultural. Sobre este particular, reconoce que, en un primer momento se consideró una facultad discrecional, pero la jurisprudencia evolucionó hacia una más reciente que califica de reglada tanto la potestad de catalogación de los inmuebles como su grado de protección (STS 22-4-2010). No obstante, esta línea jurisprudencial fue matizada, al considerar que se trata de una «potestad reglada mediante conceptos jurídicos *indeterminados* que necesitan ser integrados a través de un juicio de valor que ha de efectuar la Administración de acuerdo a criterios técnicos» (STS 4-12-2012. Teatro Albéniz). La sentencia del TSJA concluye que «tanto la catalogación de los bienes del patrimonio cultural, como su grado de protección, se *enmarca* en el ámbito de la discrecionalidad técnica de la Administración», aunque se trate de una presunción iuris tantum, que puede ser desvirtuada si se acredita infracción o desconocimiento del proceder razonable de la administración, bien por desviación de poder, arbitrariedad, o ausencia de justificación del criterio adoptado.

Después de desestimar los motivos impugnatorios formales alegados, examina los motivos impugnatorios de fondo. El extenso fundamento séptimo analiza la cuestión de la discrecionalidad técnica y disecciona los informes técnicos que han servido de sustento a la resolución recurrida, así como el resto de informes de parte aportados en el expediente administrativo, para concluir en el fundamento jurídico octavo que «Los extensos, pormenorizados y convincentes informes de los técnicos de la Administración, en los que basó esta la decisión adoptada, tanto en lo que se refiere a la categoría de las tres previstas en la LPCA, como en el ámbito o alcance de protección otorgados al conjunto de la Fundición Averly, nos llevan a considerar que se encuentra debidamente justificada, sin que quepa apreciar arbitrariedad, irracionalidad o error, ni que haya actuado con otra finalidad que no sea la de la protección del patrimonio cultural de Aragón, sin que las pruebas practicadas en el presente recurso resulten suficientes para estimar lo contrario.

Por lo que respecta a la categoría otorgada, ninguna duda cabe del extraordinario valor de la Fundición Averly, como testimonio fundamental de la historia de la industrialización de Aragón. La misma resolución impugnada reconoce expresamente que ha sido una de las más relevantes de la primera revolución industrial en la ciudad de Zaragoza, de ahí que proceda a declararlo como bien integrante del patrimonio cultural de Aragón. Ahora bien, que sea de los más relevantes del patrimonio industrial no determina que deba otorgarse necesariamente la máxima categoría de protección, reservada a los más relevantes del patrimonio cultural, del que el industrial es sólo una parte. La Administración

demandada consideró que la de Bien Catalogado es la que mejor se adecua a los valores de los bienes inmuebles, muebles y documentales de la Factoría Averly que se quieren proteger con su inclusión en el Catálogo del Patrimonio Cultural Aragonés, basándose en los informes de sus técnicos, lo que no puede tacharse de irrazonable, pues supone con ello el reconocimiento de la significación e importancia de Averly. Significación e importancia que, sin embargo, no llega al extremo, a juicio de la Administración, de ser merecedor de su inclusión entre los más relevantes de todo el patrimonio cultural de Aragón, a los que la LPCA reserva la clasificación de Bienes de Interés Cultural».

La relevancia a efectos de su clasificación no puede limitarse al ámbito del patrimonio industrial, sino del conjunto del patrimonio cultural, y se ha de atender a las concretas características del bien a proteger, entre ellas, no puede en modo alguno olvidarse, el grado de conservación.

Reconoce que la inclusión de la Fundición Averly en el Plan Nacional del Patrimonio Industrial de 2011 y la aprobación del mismo por parte de Aragón «no suponía, en ningún caso, el compromiso de catalogación de Averly como Bien de Interés Industrial, aunque sí la realización de estudios y actuaciones para su conocimiento y documentación en orden a su protección y su declaración de bien integrante del patrimonio cultural aragonés en alguna de las categorías reconocidas en la LPCA».

Sin perjuicio del reconocimiento de la altura intelectual y científica de los informes de parte emitidos, la sentencia se decanta por los de los técnicos de la Administración, «de los que no hay en las actuaciones razón alguna para dudar de su imparcialidad y objetividad, y de que se hayan movido con otra finalidad que la de informar, mediante criterios estrictamente técnicos, la protección adecuada –en categoría y extensión– que a su juicio debía reconocerse a Averly». Señala que tales informes tienen, frente a los aportados por la entidad recurrente, «el especial valor que resulta, aparte de la especialización de sus autores cada uno en su ámbito en que respectivamente desarrollaron y de las aludidas garantías de imparcialidad y objetividad, del hecho de la constatación personal y directa del estado de conservación en que se encontraba Averly», al tiempo que no atribuye a los informes aportados por la recurrente suficiente entidad puesto que no incluyen un estudio serio de la viabilidad que tendría la íntegra protección y su destino a los fines museísticos que aluden, frente a la propuesta de protección reducida planteada por los técnicos de la Administración, que se reduce al nivel nuclear e histórico de la factoría.

Por todo ello finaliza reconociendo que la Administración demandada actuó «en el legítimo ejercicio de las potestades que tiene legalmente conferidas, estado su decisión debidamente justificada, sin que sea de apreciar arbitrarie-

dad, irracionalidad o error, ni que haya actuado con otra finalidad que la de la protección del patrimonio cultural de Aragón, procede la desestimación del recurso» y, en consecuencia, desestima el recurso.

Para finalizar, la **Sentencia 547/2016, de 16 de diciembre, de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Aragón** (Roj: STSJ AR 1669/2016), desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del JCA núm. 3 de Zaragoza que, a su vez, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra una resolución municipal de aprobación de la cuenta de liquidación definitiva del proyecto de reparcelación de una unidad de ejecución.

Esta sentencia resulta interesante porque analiza el concepto de cuenta de liquidación definitiva del proyecto de reparcelación, al tiempo que confirma que la figura de las diferencias de aprovechamiento es algo consustancial con el principio de distribución de beneficios y cargas, aunque no sea un concepto que deba incluirse en los gastos de urbanización.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un acuerdo municipal por el que se acordó la aprobación de la cuenta de liquidación definitiva del proyecto de reparcelación de una unidad de ejecución, al tiempo que se corregía un error en el documento de «fincas resultantes» y se aclaraba el saldo definitivo que gravaba la única finca resultante del proyecto de reparcelación. El Juez entendió que la discrepancia del proyecto de reparcelación podía ser corregida en la cuenta de liquidación definitiva, en aplicación del art. 128.3b) del RGU, que dice que en la liquidación definitiva se tendrán en cuenta «los errores u omisiones que se hayan advertido con posterioridad a dicho acuerdo», puesto en relación con el art. 155.c) LUA/2009 (efectos de la reparcelación: afectación real de las parcelas adjudicadas al cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley y, en particular, al pago de las cargas de urbanización) que no excluye la aplicación del reglamento. A esto añadió el JCA que el art. 126.1 RGU afecta, con carácter real, las fincas resultantes al pago del saldo de la cuenta de liquidación del proyecto de reparcelación aprobado.

La entidad mercantil apelante entendió indebida la aplicación del art. 128.3 RGU porque este artículo «no permite una corrección general e indiscriminada de los errores del proyecto de reparcelación, sino tan sólo la corrección limitada de los errores de la cuenta de liquidación de la reparcelación». Consideró que no hubo obra urbanizadora porque se trataba de un suelo urbano consolidado y, en esos casos, la cuenta de liquidación provisional es ya definitiva. Al mismo tiempo, añadió que la propia administración reconoció que el error no estaba en la cuenta de liquidación sino en las fincas resultantes del proyecto de reparcelación.

El TSJA asume como propios los argumentos utilizados por el JCA núm. 3 para desestimar el recurso contencioso administrativo, pero añade varias consideraciones interesantes.

Primera. La Sala no comparte con los apelantes las diferencias interpretativas entre el art. 101 TRLS 76 y el art. 155.c) LUA/2009, que entienden que sólo cabe la aplicación del mecanismo de corrección de errores en la cuenta definitiva respecto de aquellos en los que se hubiera incurrido en la provisional en lo relativo a los costes de urbanización «porque, para empezar, es la propia D. F. 4ª del citado texto legal la que discrimina, a efectos de mantener vigente el texto reglamentario entre unos preceptos y otros de dicho Reglamento de Gestión Urbanística y, de manera particular, considera vivos y aplicables, los citados preceptos, esto es, los artículos 100, 126 a 128».

Segunda. El art. 155.c) LUA/2009 afecta las fincas resultantes al cumplimiento de los deberes establecidos en la Ley, singularizando el deber de pago de las cargas de urbanización. El TSJA manifiesta que las diferencias de adjudicación no constituyen carga de urbanización porque no aparecen en el art. 146 LUA/2009 «pero no es exacto que la afectación real de las fincas resultantes de un proceso reparcelatorio se refiera exclusivamente a las cargas de urbanización [...], ni que deba negarse el abono de las indemnizaciones por diferencias de adjudicación, el carácter o condición de deber que impone el proyecto de reparcelación».

El TSJA concluye que el deber que deriva de la obligación de indemnizar por diferencias de adjudicación se encuentra en la base de todo proceso de transformación urbanística. Este deber no es otro que el aseguramiento de la justa distribución de beneficios y cargas derivadas del proceso de reconfiguración de la propiedad de los titulares sobre los suelos afectados.

Si una finca aportada no da derecho a una finca de resultado (como ocurre en el caso enjuiciado), no significa que el propietario no obtenga nada o lo pierda todo, «o que, aun generando un derecho de indemnización por diferencia de adjudicación, esta deba contar con una menor garantía y efectividad que los saldos finales resultantes en concepto de cargas de urbanización». Añade que «el deber que debe cumplirse en relación con las compensaciones por diferencias de adjudicación, es previo y principal respecto del crédito derivado de los saldos resultantes por cargas o costes de urbanización. Si uno de los propietarios que concurren a la reparcelación, obtiene la única parcela de resultado que por aplicación del planeamiento que se ejecuta puede serlo, el que se queda sin suelo ajustado a planeamiento, deber ser compensado y, las diferencias de derecho entre uno y otro, sólo podrán serlo por razón de las diferencias de lo aportado respectivamente y

a proporción, y no porque la titularidad de uno fuera de peor o mejor condición que la del otro. En abstracto, son titularidades de igual valor, que, tras la reparcelación, deben mantenerse: en este caso, una materializable y materializada en la finca de resultado y, el otro, convertido en equivalente económico, ante la imposibilidad de traducción en finca de resultado». En consecuencia, el TSJA no se aprecia diferencia alguna entre los arts. 155.c) LUA/2009 y 101 TRLS/76.

Tercera. Si el art. 155.c) LUA/2009 impone la afectación real de las fincas de resultado al cumplimiento de todos los deberes legales y el art. 100 RGU incluye dentro de la cuenta de liquidación provisional las indemnizaciones por diferencias de adjudicación, no hay obstáculo alguno a la aplicación de los arts. 126 a 128 RGU y, en consecuencia, cabe la corrección de los errores que puedan ser detectados en la provisional, mediante la liquidación definitiva, «[...] de este modo, las fincas de resultado quedarán afectas, ob rem, al pago del saldo de la cuenta de liquidación que se le asigne (art. 126.1 RGU) y, del mismo modo, conforme a lo dispuesto en el art. 127.2 del citado Reglamento, los saldos se entenderán provisionales y a buena cuenta, entre tanto no se apruebe la liquidación definitiva».

Entiende que la interpretación propuesta por los apelantes de que no cabe liquidación definitiva cuando no ha habido obra urbanizadora sólo podría encajar en un contexto en el que la cuenta de liquidación provisional comprendiera tan sólo las cargas de urbanización, entre las que no se encuentran las indemnizaciones por diferencias de adjudicación; pero el art. 155.c) LUA/2009 sujeta las fincas resultantes a garantizar el cumplimiento de todos los deberes que impone la Ley, siendo el principal el efectivo cumplimiento del principio de justa distribución de beneficios y cargas. En consecuencia, desestima el recurso de apelación.

Contratación local[1]

Jesús Colás Tenas

Este informe refiere las novedades a lo largo del año 2016, en cuanto atañe a la contratación del sector público, y de modo especial en Aragón.

I. LEGISLACIÓN

1. Legislación del Estado

En el año 2016 no se ha aprobado ninguna norma de relieve que afecte al régimen jurídico de la contratación del sector público.

2. Legislación de Aragón

En Aragón se aprueba la Ley 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario. La Ley recoge las diversas formas de gestión de la prestación de servicios de carácter social y sanitario, y reconoce como una de ellas los acuerdos de ac-

1 Abreviaturas, siglas y acrónimos utilizados. CC: Código Civil; CE: Constitución Española de 1978; CP: Código Penal; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCA *Ar*: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón; LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local; LAL: Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de

ción concertada con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro. La Ley establece las medidas necesarias para la aplicación de este régimen de gestión de acción concertada, define el régimen, recoge los principios inspiradores de esta acción concertada, establece el procedimiento de concertación con una remisión a la legislación sectorial, sujetos a unas normas básicas de aplicación, recoge los requisitos formales y determina las limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados. La filosofía que subyace en la Ley, por tanto, es simple: si un operador económico aspira legítimamente a obtener un beneficio empresarial, un lucro, como consecuencia de su colaboración con la Administración pública en la prestación de servicios a las personas, sólo podrá hacerlo en el marco de un proceso de contratación. Sólo desde la gestión solidaria, sin ánimo de lucro, de estas prestaciones podrá colaborarse con la Administración bajo la forma de acción concertada. Ha de tenerse presente en este sentido, la capacidad de organización de la prestación de servicios no económicos de interés general a las personas reconocida por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la reciente normativa europea sobre contratación, así como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de enero de 2016 (asunto C-50/14) que admite la colaboración con entidades sin ánimo de lucro autorizada por la legislación de los Estados miembros como instrumento para la consecución de los objetivos de solidaridad y

octubre, de Contratos del Sector Público; LDE: Ley 2/2015, de desindexación de la economía española; LPAP: Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; IPC: índice de precios al consumo; núm.: número; p.: página; pp.: páginas; PCAP: Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares; RGLCAP: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; RPLCSP, Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP; ROF: Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales; ss.: siguientes; SARA: Sometido a Regulación Armonizada; STC: Sentencia del Tribunal Constitucional; STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; STS: Sentencia del Tribunal Supremo; STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TC: Tribunal Constitucional; TRLCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TRLCSP: Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; TRLRHL: Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; TRRL: Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local; UTE: Unión Temporal de Empresas; *vid.*: *videtur* (véase).

de eficiencia presupuestaria, controlando los costes de los servicios a las personas siempre que estas entidades, actuando en el marco de dichos objetivos, «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». Todo ello, además, resulta plenamente coherente con lo establecido por el propio Estado mediante la Ley 43/2015, de 9 de octubre, del Tercer Sector de Acción Social, que prevé la gestión de prestaciones con estas entidades preferentemente en el marco de conciertos o convenios.

II. JURISPRUDENCIA

1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

A. Revisión de precios e indemnización de daños por suspensión de las obras

La STS de 29 de junio de 2016 (RJ/2016/4346), dictada con motivo de recurso de casación interpuesto contra STAN que estimaba en parte el recurso contencioso administrativo deducido contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento de la reclamación formulada en concepto de sobrecostes derivados de la ejecución del contrato de obra del Cuarto Cinturón de Zaragoza. Si bien el recurso plantea diversos motivos de casación, dado lo poco sistemático y fundado del mismo, las cuestiones más relevantes se circunscribe a la pretendida inadecuada formula de revisión prevista en el contrato, a los perjuicios derivados de la suspensión de las obras y al abono de los intereses. En relación con la primera cuestión, la Sala destaca que la fórmula de revisión de precios fue aceptada libremente al participar en el concurso, por lo que su alteración supondría una quiebra de principios esenciales de la contratación pública, tales como la libre concurrencia, cuando no han concurrido circunstancias anormales y extraordinarias que alteren el equilibrio económico y sobrepasen los límites razonables de aleatoriedad que comporta toda licitación. En relación con la segunda cuestión, considera que para indemnizar los daños producidos por la suspensión de las obras estos han de quedar acreditados y justificados, no siendo suficiente alegar que las obras estuvieron suspendidas, lo que no se acredita suficientemente, por lo que valida la no aceptación del dictamen pericial, realizada por la Sentencia de instancia, al no basarse en datos reales sino en meras hipótesis. Tras recordar que resulta inapropiado utilizar como jurisprudencia conculcada la doctrina vertida por los TSJ o los Juzgados contencioso administrativos, considera que la falta de disponibilidad de un inmueble conlleva indemnizar por daños y perjuicios o los supuestos de suspensión temporal de obras como consecuencia

de tramitación de proyectos modificados, pero dicho derecho en todo caso estará condicionado a la acreditación de la producción de un perjuicio real. Por ultimo en relación con el abono de los intereses, que el recurrente pretende se calculen mediante la aplicación del art. 99.4 TRLCAP, la Sala entiende que resulta de aplicación el interés legal del dinero conforme a los porcentajes establecidos en las leyes de presupuestos a computar desde la fecha de reclamación administrativa hasta la fecha de la sentencia, ya que al tratarse de actuaciones no previstas en el contrato y efectuarse con motivo de actos de vandalismo, no resulta de aplicación el art. 99.4 TRLCAP.

2. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón[2]

A. Prestación del servicio de mediación y asesoramiento profesional en los contratos de seguros.

La STSJA de 23 de marzo de 2016 (JUR/2016/84972), dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo del TACPA estimatorio del recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de mediación y asesoramiento profesional en los contratos de seguros que concierta el Ayuntamiento de Huesca y sus OOAA durante toda su vigencia». El Acuerdo recurrido consideraba que el pliego confundía la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato, que no era otro que el asesoramiento a la hora de valorar en los correspondientes procedimientos las distintas proposiciones de las compañías aseguradoras, así como las necesidades de riesgo a cubrir, y por ello dictaminó la existencia de vicio de nulidad del mismo. La Sala del TSJ de Aragón coincide inicialmente con el TACPA en que nada impide que el Ayuntamiento pueda celebrar contratos de mediación de seguros y determinar que la retribución consista en un porcentaje de las primas. No obstante, no asume la conclusión de aquel de que la licitación recurrida confunde la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato y que por ello, en realidad, no nos encontramos ante una prestación de la categoría 6 del Anexo I del TRLCSP sino ante un contrato público de servicios, pero no de seguros, al limitarse al asesoramiento, siendo por ello un contrato administrativo, debiendo existir un precio cierto que no podría ser, al no haber mediación, un porcentaje sobre las primas. Frente al criterio del TACPA la Sala considera que del clausulado contractual se desprende que el objeto del contra-

2 Las sentencias sobre contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios, se reseñan en el Informe correspondiente de este *Anuario*.

to no se limita a una mera labor de asesoramiento sino que incluye la prestación de los servicios propios del corredor y es acorde con lo que la Ley 26/2006 entiende por mediación. En este sentido una de las cláusulas del contrato, tras calificarlo como contrato privado en virtud de lo establecido en el artículo 20 del TRLCSP, prevé que en lo no previsto en los pliegos en cuanto a su preparación o adjudicación se regirá por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. En consecuencia lo que se pretende contratar no es solo el mero asesoramiento sino la actividad de mediación, consistente en la asistencia y asesoramiento y demás funciones propias de la mediación, sin que el adjudicatario mantenga vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras. Por ende dadas las características del contrato de mediación y vista la jurisprudencia del TS al respecto que admite que la retribución del contratista sea abonada en forma de comisión por las compañías aseguradoras, sin que la Administración tenga que abonar contraprestación alguna por la prestación que recibe del adjudicatario, la sala estima el recurso y anula el acuerdo del TACPA impugnado.

B. **Informes técnicos externos en la valoración de las ofertas, ausencia de negociación**

La STSJA de 31 de marzo, de conformidad con el art. 22.3 establece que para la valoración de las ofertas, podrá pedir «la mesa de contratación» los informes técnicos que considere precisos. En definitiva, nada impide que el órgano de contratación «que no es la mesa», como también esta misma, puedan solicitar los informes técnicos que tengan por oportuno a los efectos de valoración de ofertas. Por la recurrente se mezclan pretendidos defectos, como que no ha habido negociación y que se han solicitado informes externos a la propia Mesa, vinculando una cosa y la otra, cuando conviene tener en cuenta que una cosa es que no haya habido negociación y otra diferente es que ni el órgano de contratación ni la mesa puedan, como se pretende por la apelante, solicitar los informes técnicos externos que tengan por oportuno. Esto último, que constituye uno de los motivos fundamentales de recurso en que se sostiene la pretensión de nulidad del acto impugnado, al incurrirse en el procedimiento de contratación en vicio de nulidad no puede ser compartido. No se incurre en nulidad, por el hecho de que la decisión del órgano de contratación se sostenga en informes que no han surgido de la mesa de contratación, que incluso podría haberlos solicitado. El órgano de contratación tiene dudas de la imparcialidad del resultado de la labor de valoración de la mesa, por razón de la posición de uno de los vocales «que ostentó cargos de responsabilidad en una de las licitadoras» y, por ello, previo informe de la Secretaria-Interventora, acuerda nuevo informe de perito independiente. El resultado del informe, es luego asumido

por la mesa y, con ocasión del recurso de reposición interpuesto por la ahora apelante, el órgano de contratación repone la previa e inicial decisión de adjudicación del contrato. Proceder este, que es el que en realidad se combate por la apelante, que ninguna tacha de nulidad plantea a la luz del régimen jurídico del procedimiento negociado y que poco tiene que ver con la existencia o inexistencia de negociación durante el proceso de contratación que es alegado también, mezclando conceptos y con confusión en los extremos empleados, por la recurrente, ahora apelante.

La inexistencia de negociación de la que parte en el segundo motivo de apelación, le sirve para atacar del mismo modo la decisión del órgano de contratación de encargar a perito independiente un informe de examen de la valoración realizada por la mesa. Así, como no ha habido negociación, dado que se ha seguido más el trámite propio de un procedimiento abierto o restringido, debió constituirse un tribunal de expertos ajenos al órgano de contratación y no encargar la valoración a un único perito independiente. Lo que ocurre es que ni se objetó nada ni se combatieron los Pliegos del contrato, ni, por otra parte, se ha alegado en el sentido de que estuviera, por razón de la naturaleza del contrato, vedado el procedimiento negociado para la adjudicación del mismo. Una cosa es que pueda no haberse seguido en su totalidad, o más o menos escrupulosamente, el trámite previsto normativamente para el procedimiento acertadamente elegido –o al menos no cuestionado– y otra diferente es que, porque no se sigue la tramitación propia del procedimiento elegido y parece que en su actuar el órgano de contratación siguió un procedimiento más parecido al abierto o al restringido que al negociado, se postule la nulidad de la decisión administrativa porque se omitió o vulneró un trámite de diferente procedimiento que nunca estuvo indicado para la contratación realizada.

C. **El contratista no puede suspender unilateralmente las obras**

La STSJA de 27 de junio de 2016, dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto contra Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 3 de Zaragoza, estimatoria del recurso deducido contra la desestimación de recurso de reposición contra el decreto que requirió a la contratista para que reanudara las obras de urbanización de una UE unilateralmente suspendidas. La Sala estima el recurso por considerar que la no aprobación de un modificado de las obras no conlleva la posibilidad de que el contratista suspenda unilateralmente las obras, salvo que se acredite la inviabilidad técnica de continuar con las mismas. De lo obrante en autos se desprende que no ha quedado acreditada la inejecutabilidad del proyecto original. Por ello de conformidad con los artículos 200 y 203 LCSP solo es posible suspender los trabajos por la contratista en caso de demora en el pago del precio, cuando se hubieran estipulado pagos parciales.

En todos los demás casos solo cabe la suspensión de los trabajos por la Administración. La suspensión unilateral que se pretende carece de fundamento técnico y jurídico alguno.

III. ÓRGANOS ESPECIALES Y CONSULTIVOS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

1. Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón[3]

A. Las certificaciones de calidad de la empresa no pueden ser criterios de adjudicación (Acuerdo 4/2016, de 11 de enero)[4]

El art. 78 TRLCSP establece unos medios tasados para acreditar la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios. En ningún caso resulta admisible introducir otros distintos a estos, confundirlos con la habilitación empresarial o profesional, ni con condiciones de ejecución del contrato. Las certificaciones de calidad de la empresa no pueden ser nunca criterios de adjudicación, puesto que constituyen características subjetivas del empresario licitador.

B. El acto de valoración de las ofertas no es susceptible de recurso especial (Acuerdo 5/2016, de 11 de enero)[5]

El acto recurrido –informe técnico de valoración– no se encuentra entre los supuestos regulados en este art. 40.2.b) TRLCSP y no es, por tanto, susceptible de recurso. Tampoco lo sería la propuesta de adjudicación elevada por la Mesa al órgano de contratación. Como tiene establecido el Tribunal administrativo en su doctrina –entre otros, Acuerdos 26/2011, 30/2012, 2/2014 y 109/2015–, las actuaciones tendentes a la adjudicación, como son la asignación y comunicación de las puntuaciones otorgadas en los criterios de adjudicación, no tienen la consideración de «actos de trámite», en los términos señalados en el aptdo.

3 Durante el año 2016 se interpusieron en Aragón 127 recursos especiales en materia de contratación ante el TACPA, que dieron lugar a un total de 127 acuerdos. El Tribunal celebró 57 sesiones. Los acuerdos sobre contratos de gestión de servicios públicos y contratos de servicios, se reseñan en el Informe correspondiente de este *Anuario*.

4 Acuerdo 4/2016, de 11 de enero de 2016, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de vigilancia y seguridad de los edificios del Ayuntamiento de Huesca», convocado por el Ayuntamiento de Huesca.

5 Acuerdo 5/2016, de 11 de enero 2016, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la valoración de ofertas en la licitación denominada «Suministro de contadores de agua en el término municipal de Jaca», promovido por el Ayuntamiento de Jaca.

b) del art. 40 TRLCSP. Hay que recordar que en un procedimiento de licitación hay una resolución final –la adjudicación– que pone fin al mismo, y para llegar esta se han de seguir una serie de fases, con actos y con intervención de órganos diferentes. Estos actos previos a la adjudicación son los que la Ley denomina «actos de trámite», que por sí mismos son actos instrumentales de la resolución final, lo que no implica que no sean impugnables. Lo que el TRLCSP establece es que no son impugnables separadamente, salvo que la norma los considere de una importancia especial –en términos legales, que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión, o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos– por un principio de concentración procedimental. Circunstancia que no concurre en el caso del informe técnico de valoración (como ha advertido también el TCRC en su Resolución núm. 275/2014, de 27 de marzo).

C. **Contrato de servicios, calificado incorrectamente como administrativo especial. Ilegalidad del criterio de adjudicación vinculado a la experiencia (Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo)**[6]

La competencia para la admisión del recurso especial es una cuestión de orden público procesal que no puede quedar al albur de la tipificación que del contrato haga el órgano de contratación, por lo que es preciso a tal efecto y con carácter previo, determinar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición del recurso especial en materia de contratación (Acuerdos 52/2013, de 11 de septiembre, 55/2013, de 1 de octubre, y 37/2014, de 30 de junio de 2014). En este caso, y como argumentan los recurrentes, el contrato debe calificarse como contrato de servicios, comprendido en la categoría 26 (servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) del Anexo II del TRLCSP (en concreto CPV 92130000-1) y no como contrato administrativo especial. Así pues, el recurso se ha interpuesto contra los pliegos de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible de acuerdo con el art. 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el art. 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), siendo competente este Tribunal administrativo para su resolución.

6 Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo de 2016, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por concejales del Ayuntamiento de Tarazona, frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de proyección de cine en el Teatro Bellas Artes de la ciudad de Tarazona y asistencia técnica del edificio del Teatro Bellas Artes».

El Ayuntamiento reconoce que efectivamente se considera la experiencia como criterio de adjudicación, «si bien a partir del sexto año, ya que los cinco primeros se considerarían para ser tenidos en cuenta a los efectos de acreditar la solvencia técnica». En el informe se acude, en defensa de la procedencia de los criterios de adjudicación impugnados, a resoluciones de tribunales administrativos de contratos que avalan la posibilidad de valorar los medios humanos o materiales como criterios de adjudicación, cuando ello redunde en una mejor prestación del servicio porque supongan un plus de valor a los medios mínimos establecidos como criterio de solvencia técnica. En todo caso, concluye el informe que, a la vista del recurso, el órgano de contratación se aviene a lo establecido por los recurrentes y manifiesta la conformidad con su petición. El Tribunal recuerda la argumentación jurídica en relación a la ilegalidad del criterio de adjudicación vinculado a la experiencia. No puede valorarse en la oferta económicamente más ventajosa la experiencia del contratista, pues ese aspecto, al ser de aptitud, no puede ser de adjudicación, tal y como vino a recordar la STJUE de 4 de junio de 2003 (GAT). La STJUE de 9 de octubre de 2014, (España/Comisión As. T-2/07), que desestima el recurso interpuesto por el Reino de España contra la sentencia –del Tribunal General– mediante la cual se desestimó su pretensión de anulación de la Decisión de la Comisión de reducción de la ayuda financiera concedida mediante el Fondo de Cohesión, por incumplimiento de determinadas normas de la Unión Europea sobre adjudicación de contratos públicos, al haber previsto la experiencia, las cualificaciones y los medios a emplear como criterios de adjudicación, insiste en que bajo ningún concepto puede admitirse como criterio válido la experiencia. El Tribunal (aptdo. 35) declara que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratistas, de acuerdo con las disposiciones relativas concretamente a los criterios denominados de «selección cualitativa». Y recuerda que: «los apartados 30 a 32 de la sentencia Lianakis y otros, relativa a normas análogas en materia de contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia ha distinguido claramente los criterios de adjudicación de los criterios de selección cualitativa que están vinculados, en esencia, a la apreciación de la aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato en cuestión y ha considerado que los criterios relativos a la experiencia, las cualificaciones y los medios para garantizar una buena ejecución del contrato en cuestión pertenecen a esta última categoría y, por tanto, no tienen el carácter de criterios de adjudicación. De este modo, el Tribunal de Justicia ha excluido que el criterio de la experiencia pueda servir como criterio de adjudicación, contrariamente a lo alegado por el Reino de España».

D. **Compromiso de adscripción de medios materiales asociados a la condición de arraigo en el término municipal (Acuerdo 23/2016, de 11 de marzo)**[7]

El TJUE tiene consolidada una importante doctrina en cuanto a la exigencia de que los licitadores cuenten con oficinas, delegaciones, almacenes, centros de trabajo, etc. Con carácter general, es necesario afirmar, que todo criterio que resulte restrictivo, bien porque impida, obstaculice o haga menos atractivo el ejercicio de los derechos de los operadores económicos a participar en una licitación, debe, cuando menos justificarse y motivarse en base a la necesidad ineludible de la propia prestación que constituye el objeto del contrato. La justificación debe partir de la naturaleza de la prestación, de manera que se acredite o razone que sin ese criterio, que resulta restrictivo, la prestación o no es viable o carece de sentido. Las Sentencias de 27 de octubre de 2005, asuntos C-158/03 y C-234/03, TJUE, abordaron el supuesto en que la exigencia de una oficina abierta al público se configuraba como un requisito de admisión y un criterio de valoración de la oferta. La Sentencia del TJUE del Asunto C-158/03, en su párrafo 35, recuerda que, según una jurisprudencia reiterada, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los arts. 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las Sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C19/92, aptdo. 32; Gebhard, antes citada, aptdo. 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, aptdos. 64 y 65). Tanto el TJUE, como el TACRC –por todas, Resolución 955/2015, de 19 de octubre– sostienen que no es posible dar una respuesta general a la admisión, o no, de un supuesto de arraigo territorial de la empresa licitadora, sino que debe acudirse a las prestaciones propias de cada contrato para apreciar los requisitos expuestos. Y que resulta indiferente que la exigencia de una oficina, almacén, centro de trabajo o establecimiento, una delegación o un delegado sea exigible como un requisito de solvencia, una obligación de adscripción de medios materiales (como en el contrato objeto de recurso), un criterio de valoración de las ofertas, o bien exigirla como una prestación del contrato; puesto que cualquiera que sea la forma en que se configure una medida discriminatoria, o innecesaria para alcanzar los fines que se pretenden mediante el contrato, o des-

7 Acuerdo 23/2016, de 11 de marzo de 2016, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto frente al procedimiento de licitación denominado «Servicio de limpieza de los Colegios públicos de Educación Infantil y Primaria de Calatayud», convocado por el Ayuntamiento de Calatayud.

proporcionada para ello, vulnera los principios aplicables a la contratación pública, bien sea la necesidad de un trato igual y no discriminatorio, la libertad de acceso a las licitaciones o la concurrencia. En definitiva, la exigencia o la consideración de un arraigo territorial de las empresas supone una limitación de la concurrencia y la libertad de acceso que debe encontrar su justificación en la naturaleza del contrato y la necesidad que este satisface. Y, como toda excepción de los principios generales debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la medida resulte proporcional a los fines que la justifican. En conclusión, afirma la Resolución 955/2015 TACRC, el ajuste a los principios enunciados de una determinada prestación como la presencia de una oficina o almacén en un mismo lugar o en un sitio o localidad próxima a la que se preste el servicio debe apreciarse en cada caso concreto, y de esta evaluación resultará si la prestación es un elemento esencial, necesario, conveniente, accesorio o innecesario en consideración al objeto del contrato. En este sentido se han pronunciado la mayoría de Tribunales administrativos de contratos; así la Resolución 356/2015 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la que, tomando como referencia la doctrina tanto de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado como del TACRC, el Tribunal resolvió que «los criterios de arraigo territorial no pueden ser tenidos en cuenta, ni como requisitos de solvencia, ni como criterios de adjudicación, pues ello resulta contrario a Derecho y, en tanto que son discriminatorios y contrarios al principio de igualdad, vician de nulidad las cláusulas impugnadas».

E. **Renuncia a la celebración del contrato Hospital de Alcañiz. Causa de interés público. Compensación de gastos** (**Acuerdos 32, 33, 34/2016, de 29 de marzo**)[8]

Se solicitan tres pronunciamientos del Tribunal, en relación con la Resolución de 8 de febrero de 2016 del SALUD por la que se renuncia a la celebración del contrato de concesión de obra pública, para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de Alcañiz: **a**) La anulación de la Resolución de 8 de febrero de 2016 del SALUD por la que se renuncia a la celebración del contrato de concesión de obra pública, para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de Alcañiz, ordenando la continuación del procedimiento. **b**) Subsidiariamente, en el caso de entender procedente la renuncia, que el Tribunal declare que el proce-

8 Acuerdo 32, 33 y 34/2016, de 29 de marzo de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelven los recursos especiales interpuestos frente a la renuncia a la celebración del contrato denominado «Concesión de obra pública para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de Alcañiz», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

dimiento de determinación de los gastos compensables se debe tramitar en procedimiento separado del procedimiento de renuncia, una vez declarada esta. c) Subsidiariamente, en caso de entender que en el procedimiento de renuncia cabe la determinación de los gastos que deben ser compensados, solicita al Tribunal que decida sobre los gastos reclamados, considerando la justificación aportada y que, en caso de no entenderse competente para ello, ordene la retroacción del procedimiento de reconocimiento de compensación. El art. 40.2 TRLCSP (al que remite el art. 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, en redacción dada por el art. 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, delimita cuáles son los actos que pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación, es decir, el recurso especial en materia de contratación tiene por objeto actos que, salvo en un supuesto (modificaciones previstas en el contrato), se encuadran en la fase de selección del contratista y adjudicación de los contratos. La primera de las cuestiones, la renuncia de la licitación, es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el aptdo. 2.c) del art. 40 TRLCSP, en tanto en cuanto la renuncia constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. Ahora bien, el resto de cuestiones suscitadas por el recurrente, segunda y tercera del escrito de interposición del recurso, que anuda a la renuncia de la celebración del contrato, no se encuentran en el ámbito objetivo del recurso especial en materia de contratación, puesto que no pueden reconducirse a ninguno de los supuestos del art. 40 TRLCSP, y en consecuencia no son objeto de recurso especial. Y no pueden reconducirse, porque la compensación de gastos es una consecuencia de la renuncia a la celebración del contrato o del desistimiento del procedimiento. Es un efecto del acto de finalización del procedimiento de licitación, pero no es en puridad, un acto del procedimiento de adjudicación del contrato. De hecho, el art. 155 TRLCSP lo reconduce a los principios generales que rigen la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas. Tal y como fijó el TJUE en su Sentencia de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento. A estos efectos, el acto recurrido –compensación de gastos– es ajeno al fundamento y finalidad del recurso especial, en tanto no hay un vicio procedimental en fase de adjudicación, sino una controversia *inter partes* sobre la compensación de gastos como consecuencia de la renuncia, que tiene sus propios mecanismos de resolución, y a la que se aplica el sistema ordinario de recursos. Para que este Tribunal administrativo conozca de un asunto, ha de ser competente por razón de la materia (competencia objetiva). Por ello, cuando se presenta un recurso ante el TACPA, el recurrente tiene que cerciorarse previamente de que la cuestión de que se trata está comprendida dentro de las atribuciones que corresponden a los Tribunales administrativos de contratos;

sin perjuicio del correspondiente control de oficio que debe ejercer el Tribunal administrativo en el momento procesal de examinar el recurso. De manera que, en cuanto a las diversas cuestiones planteadas en relación con la determinación de los gastos compensables como consecuencia de la renuncia a la licitación del contrato, cuestiones segunda y tercera del suplico del recurso, este Tribunal debe declararse incompetente, y procede la inadmisión *in limine litis* o *ab initio* del recurso en esas pretensiones, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 22 y 23 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre. Y, declarada la inadmisión de estos motivos del recurso, por haberse interpuesto contra una actividad no susceptible de impugnación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21.1.c) de la Ley 3/2011, no procede entrar a analizar el fondo de las cuestiones que se plantean, que deberán resolverse por los trámites específicos propios de este tipo de reclamaciones y la doctrina al respecto fijada por el TJUE (Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de octubre de 1998, TEAM/Comisión, T-13/96, aptdo. 71, y Sentencia de 17 de diciembre de 1998, Embassy Limousines & Services/Parlamento, aptdo. 97).

La cuestión de fondo del recurso, radica en determinar si concurren o no las circunstancias que habilita el art. 155 TRLCSP para poder acordar la renuncia del procedimiento. El recurrente considera que la renuncia a la celebración del contrato de concesión de obra pública, para la construcción y explotación del Nuevo Hospital de Alcañiz, por parte del SALUD, es contraria a nuestro ordenamiento jurídico. Y considera que es contraria porque, a su juicio, es una decisión arbitraria y desproporcionada; que no atiende a la finalidad buscada, como es la construcción de un nuevo hospital, y que incurre en desviación de poder. Pues, no existen razones de interés público para renunciar a la licitación del contrato. Además, entiende el recurrente que la Administración se sirve de la potestad de renuncia, para revisar la legalidad de la actuación anterior del mismo órgano de contratación, y la real concurrencia del interés público en su actuación; y ello por no corresponderse el procedimiento con los trámites y garantías que deben acompañar el ejercicio de la potestad revisora de oficio. La resolución de los motivos en los que se fundamenta el recurso, requiere analizar si las actuaciones del órgano de contratación se ajustaron al régimen jurídico de la contratación del sector público (TRLCSP y normativa de desarrollo) y al PCAP, que junto con el PPT, constituyen la ley del contrato, como viene afirmando, reiteradamente, este Tribunal administrativo en su doctrina y nuestra jurisprudencia. En el ámbito de estos parámetros normativos, es en los que debe situarse la resolución del recurso en sentido estricto –art. 155 TRLCSP y cláusula 7.2 del PCAP– más allá de la opinión sobre la forma de gestión, la repulsa social, y el debate político sobre la

misma, que no corresponde enjuiciar a este Tribunal administrativo de contratación. La renuncia, por motivos de interés público, implica la no realización de la prestación objeto de la licitación, por resultar innecesaria o no ser conveniente. Así lo advierte la STJUE de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia Srl, que recuerda que la normativa europea no establece que la renuncia del poder adjudicador a adjudicar un contrato público se limite a casos excepcionales, o se base necesariamente en motivos graves. En todo caso, por razones de transparencia, sí se obliga a la entidad adjudicadora a comunicar, en el caso de que decida cancelar la licitación, los motivos de su decisión a los candidatos y a los licitadores, lo que no implica que la entidad adjudicadora esté obligada a llevar a término el procedimiento de adjudicación. En conclusión, la existencia de interés público en la renuncia, justifica la validez de la misma. Y el control de legalidad –que no de oportunidad– que puede realizar este Tribunal administrativo se limita a verificar si concurre, o no, el presupuesto habilitante de la renuncia: la existencia de interés público. Entre las prerrogativas conferidas al órgano de contratación por el art. 155 TRLCSP figura la renuncia, que viene regulada en la ley como una facultad de la Administración, cuando se cumplen determinadas exigencias. La renuncia a la celebración de un contrato público, en su configuración legal, constituye un acto unilateral de la Administración que no aparece sujeto a procedimiento contradictorio alguno, en cuanto que su ejercicio se subordina a la concurrencia de los presupuestos legales exigidos en el art. 155 TRLCSP, vinculados a la existencia de interés público, cuya valoración y determinación corresponde realizar de forma exclusiva y unilateral al órgano de contratación. Este acto dispositivo, de carácter unilateral, de la Administración por el que se renuncia a la celebración del contrato, produce un efecto inmediato en relación al procedimiento de contratación iniciado: la extinción del mismo. De ahí que el ejercicio de la prerrogativa para la renuncia del contrato, se sujete por la ley a la concurrencia de unos presupuestos legales. Concurriendo los mismos, dicho acto no requiere de aceptación por parte de los licitadores, ni de la existencia de ningún procedimiento contradictorio, sin perjuicio claro está del derecho de los licitadores a impugnar la renuncia cuando entiendan que no responde a los presupuestos legales habilitantes de la misma. La renuncia a la celebración de un contrato público, se configura como acto unilateral y dispositivo de la Administración porque la contratación pública no constituye un fin público en sí misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Ahora bien, para ello debe respetar el elemento reglado consistente en la necesidad de que concurra algún motivo de interés público para renunciar, dejando constancia de dicho motivo en el expediente en que se contiene la acreditación documental del procedimiento (entre otras, Sentencia núm. 282/2014, de 16 diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife). En la re-

nuncia al contrato estamos ante una causa habilitadora sobrevenida de una razón o motivo de interés público que hace desaparecer la causa del contrato, y cuyo límite es la arbitrariedad de la Administración. En definitiva, la cuestión se reduce a si la prerrogativa conferida al órgano de contratación para la renuncia del contrato se ha ejercido en los términos y exigencias que establece la ley.

F. **Previsión como criterio de adjudicación de mejoras consistente en el incremento de bolsa de horas de trabajo** (**Acuerdo 37/2016, de 6 de abril**)[9]

Sobre las mejoras, como criterio de adjudicación, se han pronunciado todos los Tribunales administrativos de contratos, la Resolución TACRC 592/2014, de 30 de julio, sintetizó de forma excelente la doctrina sobre el ámbito de las mejoras (y su diferencia de las variantes), y declara que deben concurrir los siguientes requisitos para su admisión: **a**) Que se autoricen expresamente por el órgano de contratación. **b**) Que guarden relación con el objeto del contrato. **c**) Que deberán mencionarlos en el pliego y en los anuncios. **d**) Que se detallen con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación. Pues bien, desde esta perspectiva, se comprueba la legalidad de la actuación del Ayuntamiento de Alcañiz, al prever el PCAP unas mejoras vinculadas al objeto de la licitación, con desglose de subcriterios y con concreción de sus reglas de valoración y ponderación. No observa este Tribunal administrativo práctica irregular, ni quebrantamiento del principio de igualdad de trato, por lo que esta pretensión de la recurrente debe ser desestimada; ni es incorrecta la valoración del «incremento de bolsa de horas de trabajo» como mejora, al ofertar los licitadores por encima del límite de las 150 horas establecido en el punto 3 del PPT, relativo a trabajos no previstos en centros municipales. No se puede confundir la obligación incorporada al objeto de la licitación –«Trabajos no previstos en centros municipales. Servicio de limpieza para trabajos no previstos y con carácter esporádico, en dependencias municipales, hasta un máximo de 150 horas por año de contrato»–, con la posibilidad de ofertar, en el criterio de mejoras, un incremento de la bolsa de horas de trabajo, sin coste, asignando la puntuación de forma proporcional (es decir, de forma reglada). No existe ninguna infracción, y no se observa ni «confusión» ni «oscuridad» en la redacción de tal previsión. El objeto del contrato es claro, al remitir a las prestaciones que se enumeran en el PTT, entre las que figura como obligación, y no como mejora, asumir hasta un máximo de 150 horas de trabajos extraordinarios, lo que no es óbice para valorar la mejora a esta obligación.

9 Acuerdo 37/2016, de 6 de abril de 2016, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de limpieza y lavandería de diversos edificios municipales», promovido por el Ayuntamiento de Alcañiz.

G. **Nulidad de la *calidad* como criterio de adjudicación cuando no se indican los aspectos a valorar** (**Acuerdo 40/2016, de 20 de abril**)[10]

Nulidad del criterio de adjudicación «calidad», pues no se objetiva ni se indican los aspectos concretos que se van a valorar. En la fase de adjudicación, o en el trámite de exclusión, se puede impugnar un aspecto de los Pliegos consentidos al presentarse a la licitación, siempre que se trate de un supuesto de nulidad de pleno derecho. También es posible alertar de una infracción de los principios básicos de la contratación pública, si es en ese momento cuando se produce la lesión efectiva en los derechos del licitador.

H. **El ahorro del IVA no es una mejora sino una característica de la oferta económica** (**Acuerdo 46/2016 de 6 de mayo**)[11]

La recurrente plantea que la mejora del ahorro del IVA para el órgano de contratación, que conlleva su oferta, puesto que la empresa está radicada en Francia, lo que supone un inmediato ahorro del 21% del valor del contrato, no ha sido valorada ni tenida en cuenta. Es decir, plantea la incidencia del impuesto del IVA, en el precio del contrato, como mejora, en atención a sus circunstancias fiscales. Estar argumentación debe rechazarse de plano por diferentes razones: **1ª**) Porque es contrario al PCAPE. La cláusula j), entre los documentos a incluir en el sobre 2 para su valoración, determina y califica qué será considerado mejora, de forma explícita. Y, añade «otras mejoras propuestas por el proveedor y que puedan resultar de interés» que se valoran hasta 3 puntos, y tienen que ser soluciones de interés municipal que se apliquen sobre los ámbitos que se especifican en el objeto del contrato, es decir, sobre las prestaciones que constituyen su objeto. **2ª**) Porque el ahorro del IVA, que propone el recurrente, no es una mejora, sino una característica especifica de la oferta económica del licitador. El mismo recurrente utiliza la expresión «ahorro del IVA», lo que ratifica que es una característica de la oferta económica. Las mejoras son prestaciones adicionales, que no forman parte inicialmente del objeto

10 Acuerdo 40/2016, de 20 de abril de 2016, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto frente a la adjudicación del contrato denominado «Suministro de material de esterilización con destino al Hospital Universitario Miguel Servet», promovido por el Servicio Aragonés de Salud-Gerencia del Sector Zaragoza II, Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza.

11 Acuerdo 46/2016, de 6 de mayo de 2016, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de digitalización y gestión informatizada del resumen diario de prensa, radio y televisión del Ayuntamiento de Zaragoza», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza.

contractual, pero que están íntimamente vinculadas con aquel. La Resolución 592/2014, de 30 de julio, del TACRC define como mejoras, aquellas prestaciones extraordinarias, más beneficiosas para el órgano de contratación, o más gravosas para el licitador, de las que han sido señaladas en el Pliego como susceptibles de ser presentadas para la valoración de la oferta. Este Tribunal, tiene una amplia doctrina sobre las mejoras como criterio de adjudicación –Acuerdos 16/2011, 27/2011, 8/2012, 20/2012, 27/2012, 50/2012, 51/2013, 56/2013, 64/2013, 4/2014, 7/2014, 31/2014, 20/2015 y 45/2015–, y, desde el Acuerdo 8/2012, de 7 de febrero, el TACPA ha considerado, que por mejora hay que entender todo aquello que perfecciona la prestación del contrato sin que venga exigido o determinado, en las prescripciones que definen el objeto del mismo. Es imprescindible, en consecuencia, su vinculación al objeto de la prestación (objetividad) y la justificación de en qué mejora, por qué lo mejora, y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La valoración de las mejoras, en el ámbito de la contratación pública, nunca puede ser una mera declaración de voluntad de quien la realiza; antes bien y al contrario, por su propia indeterminación, requiere una precisa justificación, medición y ponderación, que debe quedar reflejada en la motivación del informe que sirve de base a la propuesta de adjudicación. Y, así ocurre, en el informe de valoración técnica de 1 de febrero de 2016, que la Directora de Comunicación del Ayuntamiento de Zaragoza traslada para su remisión a la Mesa de contratación. 3ª) Porque no es posible valorar como mejora –ventaja competitiva, la califica la recurrente–, ni como oferta económica, el «ahorro del IVA». No se puede tener en cuenta ni en el cálculo económico, ni en las mejoras. Y en este sentido, este Tribunal, en su Acuerdo 106/2015, de 16 de diciembre de 2015, se ha pronunciado, indicando que la inclusión del IVA en el procedimiento de valoración de las ofertas puede provocar una discriminación en las entidades no exentas, discriminación no querida por el Derecho de la Unión Europea en materia de contratación, ya que supone la toma en consideración de elementos basados en las condiciones de los licitadores, no teniendo en cuenta los elementos económicos relacionados con la prestación objeto del contrato. Porque cuando se quiebra la neutralidad del IVA por la vía de la exención es imposible establecer un mecanismo objetivo (aunque lo permitiese la normativa comunitaria) en los procesos de contratación que, teniendo en cuenta las características de los licitadores, permitiera homogeneizar las ofertas a efectos de garantizar que el impacto del IVA es neutral en el proceso y asegurar así el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Es suficiente leer los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva 2014/24/UE; arts. 15, 16 y 17 de la Directiva 2014/25/UE y arts. 8 y 9 de la Directiva 2014/23/UE, para advertir que las reglas de valoración de los contratos, establecidas por las Directivas comunitarias, explícitamente excluyen el IVA en la valoración de los contratos.

I. **Compromiso de adscripción de medios desproporcionado. Solvencia exigida discriminatoria (Acuerdos 62, 63 y 64/2016, de 23 de junio de 2016)**[12]

En el contrato del servicio de asistencia y asesoría técnica urbanística a los municipios de la provincia de Zaragoza, entiende el Tribunal que la exigencia, al adjudicatario de cada lote, de disponer de una oficina para la prestación del servicio, así como la adscripción de un arquitecto superior por cada lote, en alguno de los municipios incluidos en el lote, es contraria al régimen jurídico de la contratación pública, pues no puede configurarse como un elemento esencial e incluso necesario a los efectos de una adecuada prestación del servicio objeto del contrato; y, en su consecuencia, conculca los principios que han de regir la contratación pública. Tampoco hay una reserva exclusiva a determinados titulados en la realización de los trabajos que constituyen el objeto del contrato. Es cierto que según la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), los Arquitectos Superiores tienen competencias exclusivas y excluyentes en las edificaciones a las que se refiere el art. 2.1.a); pero las competencias son compartidas con los Ingenieros o Ingenieros técnicos en las que figuran en el aptdo. b), y con los Arquitectos técnicos, Ingenieros o Ingenieros técnicos las comprendidas en el aptdo. c). Además, el objeto del contrato que se licita no se inscribe en el art. 2.1 a) (salvo, en todo caso, en la materia reseñada en tercer lugar en el desglose del PPT), sino que nos encontramos ante el asesoramiento en materia de urbanismo. Como ha señalado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, entre otras Resoluciones, en la 160/2011 de 8 de junio, así como especialmente en la 112/2012, de 16 de mayo «[...] frente al principio de exclusividad y monopolio competencial ha de prevalecer el principio de *libertad con idoneidad* (por todas, STS de 21 de octubre de1987 [RJ 1987,8685], de 27 de mayo de 1998 [1998, 4196], o de 20 de febrero de 2012 [JUR 2012,81268]), principio este último coherente con la jurisprudencia del TJUE sobre la libre concurrencia (SSTJUE de 20 de septiembre de 1988 y de 16 de septiembre de 1999), debiendo dejarse abierta la entrada para el desarrollo de determinada actividad, como regla general, a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos que se correspondan con la clase y categoría de las actividades a desarrollar (STS de 10 de julio de 2007 [RJ 2007,6693])». En este sentido, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2009 se afirma lo siguiente: «[...] Con carácter general la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que no puede partirse del principio de una rigurosa exclusividad a propósito de la competencia

12 Acuerdo 62, 63 y 64/2016, de 23 de junio de 2016, por el que se resuelven los recursos especiales frente a los Pliegos que rigen la licitación del contrato denominado «Servicio de asistencia y asesoría técnica urbanística a los municipios de la provincia de Zaragoza», promovido por la Diputación Provincial de Zaragoza.

de los profesionales técnicos, ni se pueden reservar por principio ámbitos excluyentes a una profesión, y aun cuando cabe la posibilidad de que una actividad concreta pueda atribuirse, por su especificidad, a los profesionales directamente concernidos, esta posibilidad debe ser valorada restrictivamente, toda vez que la regla general sigue siendo la de rechazo de esa exclusividad, pues [...] la jurisprudencia ha declarado con reiteración que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad, ya que, al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la titulación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido». Es importante destacar que no se trata del reconocimiento de un derecho a la igualdad de todos los profesionales, sino de aquellos que tienen «la capacidad técnica real para el desempeño de las respectivas funciones», elemento este que, a falta de previsión normativa, debe ser objeto de un análisis casuístico. En definitiva, la jurisprudencia rechaza el monopolio de competencias a favor de una profesión técnica determinada, al mantener la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un determinado nivel de conocimientos técnicos.

J. **La mesa de contratación no puede dejar sin efecto la determinación de una obligación del Pliego** (**Acuerdo 68/2016, de 1 de julio**)[13]

La finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus,* es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución, condiciones de presentación y adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros, o se aplican de manera que generen discriminación entre los licitadores. El Anexo VI del PCAP establecía, respecto a los criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa, lo siguiente: «Es absolutamente necesario, para valorar la oferta, adjuntar en documento anexo las mejoras propuestas y asumidas por el contratista. La extensión de dicho anexo no podrá exceder en ningún caso de 5 páginas». Esta redacción generó confusión a varios licitadores, puesto que no quedaba claro si la extensión máxima del documento anexo se refería sólo a las mejoras, o tam-

13 Acuerdo 68/2016, de 1 de julio de 2016, por el que se resuelve el recurso especial frente a la adjudicación del contrato denominado «Servicio de limpieza de las dependencias de la Diputación Provincial de Huesca», promovido por la Diputación Provincial de Huesca.

bién a la memoria explicativa de la propuesta de gestión y organización del servicio. Por ello, ante las dudas planteadas se publicó en el Perfil de contratante una corrección haciendo constar que «[...] la extensión de dicho anexo no podrá exceder en ningún caso de 5 páginas, por los dos lados, y que comprenderá todos los puntos señalados como criterios de valoración de las ofertas sujetos a evaluación previa (sobre dos)». Estas eran, por tanto, las condiciones básicas de la licitación respecto a la determinación del contenido de las proposiciones y forma de presentación de las ofertas por los licitadores en el sobre dos. Y estas reglas, definidas por el órgano de contratación, son las que debía respetar la Mesa de contratación para garantizar la seguridad jurídica de los licitadores, y el respeto al principio de igualdad de trato. En este sentido procede recordar que el art. 115.2 TRLCSP dispone que «En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo». Como advierte nuestro Acuerdo 4/2011, de 12 de abril, las proposiciones de los interesados deben ajustarse a lo previsto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario de la totalidad de dichas cláusulas, sin salvedad o reserva alguna, tal y como dispone el art. 145 TRLCSP. La cuestión objeto de controversia fue observada por el técnico encargado de realizar el informe de evaluación y, la Mesa de contratación, en sesión celebrada el 7 de abril, acordó: «Considerar desproporcionado la eliminación del procedimiento a los licitadores que se han excedido del número de páginas y en consecuencia, aceptar al resto de licitadores, por considerar que no tenían obligación de ver la aclaración del perfil de contratante y siendo que esta solución tampoco perjudica a los licitadores ya que las proposiciones relativas a la gestión del servicio y a otras mejoras pueden perfectamente indicarse en las referidas 5 páginas». Sin embargo, una vez fijadas las reglas de juego, estas debían ser las mismas para todas las empresas, porque de una mejor y más correcta presentación de la propuesta de gestión y organización del servicio depende la concesión de 25 puntos, y por ello, resulta necesario que todos los licitadores realicen la presentación de la misma manera. En este caso, el requisito de la presentación de un anexo con el límite máximo de 5 páginas, para la evaluación de las propuestas conforme a los criterios de evaluación previa, es un requisito que afecta, y puede perjudicar, la evaluación y valoración de la oferta de aquellos que han cumplido con lo establecido en los pliegos respetando el límite establecido, frente a aquellos que han hecho caso omiso de este. En consecuencia, la actuación de la Mesa de contratación dejó sin efecto la aplicación del límite máximo del número de folios permitido, perjudicando a aquellos licitadores que cumplieron de manera estricta con los criterios fijados en el procedimiento de licitación.

K. **Interpretación del PPT transporte escolar, en particular si la determinación de la capacidad mínima de un vehículo de transporte de personas incluye la plaza del conductor (Acuerdo 101/2016, de 18 de octubre)**[14]

La cuestión suscitada en relación con el PPT de la licitación –en el que se incluye una columna dentro de las características de las rutas de transporte escolar, en relación con el número de plazas que debe contar el vehículo, en la que se indica «capacidad mínima del vehículo», señalando para el lote 34 «9»– pertenece, estrictamente, al campo de la interpretación de las normas jurídicas, pues los pliegos configuran la ley del contrato. Este Tribunal administrativo, desde su Acuerdo 3/2011, de 7 de abril de 2011, tiene declarado que conforme al art. 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, del Pliego de Prescripciones Técnicas de la licitación, en el aspecto indicado desde el análisis de la interpretación gramatical del texto del pliego de condiciones. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define «plaza», en su cuarta acepción, como el «sitio determinado para una persona o cosa, en el que cabe, con otras de su especie». Es decir, hace referencia al asiento, puesto o localidad, y no hay duda alguna que el PPT no discrimina las plazas en función de quien las ocupe, porque las refiere a la capacidad del vehículo, no al número de los alumnos transportados que, por cierto, en las características del lote 34 se estima en un número muy inferior al de las plazas del vehículo, puesto que el número estimado de alumnos, en esa ruta de Sarrión a Teruel, es de 2 alumnos. Y esa, y no otra es la interpretación que debe darse al PPT, entre otras cosas, porque es la conforme con el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos, que en su Anexo II contiene las definiciones y categorías de los vehículos, en función del número de plazas. Y así, en el aptdo. B, referido a «Clasificaciones por crite-

14 Acuerdo 101/2016, de 18 de octubre de 2016, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente al acuerdo de adjudicación en el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de transporte escolar para la provincia de Teruel, cursos 2016/2017, 2017/2018» (Lote 34) promovido por el Servicio Provincial de Teruel del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón.

rios de construcción», define el turismo como el automóvil distinto de la motocicleta, especialmente concebido y construido para el transporte de personas y con capacidad hasta 9 plazas, incluido el conductor. El PPT requiere un vehículo, es decir, un aparato apto para circular por las vías o terrenos a que se refiere el art. 2 de La Ley sobre Tráfico, Circulación de vehículos a Motor y Seguridad Vial, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre. En la exigencia del PPT de este contrato, cabe tanto, para la prestación del transporte escolar, la prestación mediante un vehículo turismo, como con un vehículo autobús. En la interpretación que hace el recurrente, sólo cabe dar cumplimiento al contrato con un autobús que, en definitiva, es el automóvil que tiene más de 9 plazas incluida la del conductor, destinado, por su construcción y acondicionamiento, al transporte de personas y sus equipajes, según el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Vehículos. Debe además considerarse que nos encontramos en un proceso de concurrencia competitiva donde es fundamental que todos los licitadores participen en pie de igualdad, y hay que recordar también que las características técnicas correspondientes a los vehículos objeto de la prestación del servicio de transporte corresponde determinarlas al órgano de contratación de acuerdo con lo establecido en el art. 22 del TRLCSP. El art. 117 del TRLCSP establece con carácter de principio general que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia». Y es que resulta evidente que debe asegurarse una correcta funcionalidad del vehículo con el que deba prestarse el servicio de transporte, mediante los instrumentos que permitan una mayor concurrencia de empresas. Pues bien, resultaría ilegal, por desproporcionado y falto de adecuación al objeto del contrato, exigir necesariamente un autobús para el transporte estimado de dos alumnos.

L. **Exclusión del procedimiento de licitación a varias empresas por estar incursas en la prohibición de contratar descrita en el art. 60.1.g) TRLCSP, ya que el Consejero delegado común a las tres empresas desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón. Inexistencia de conflicto de intereses (Acuerdo 108/2016, de 19 de noviembre)**[15]

El texto de este acuerdo se transcribe íntegramente en el apartado documentación de este *Anuario*.

15 Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016, por el que se resuelve el recurso especial frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Mar-

2. Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón[16]

A. **Incidencia de la huelga realizada por los trabajadores en el régimen de pagos de un contrato de servicios. Información sobre las obligaciones de subrogación en las relaciones laborales del anterior contratista**

En el Informe 1/2016, de 25 de febrero, afirma que las consecuencias económicas de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato de servicios corresponde soportarlas al contratista. La Administración detraerá las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar, previa tramitación de un expediente conforme al art. 211 TRLCSP. La obligación de informar sobre los costes laborales de la subrogación recae en el órgano de contratación, quien deberá recabarla de los actuales adjudicatarios. La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario sólo puede ser responsabilidad de este, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla. Sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de suministrar esta información puede dar lugar a aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el incumplimiento del contrato

B. **Posibilidad de considerar un negocio jurídico excluido de la legislación de contratos públicos**

El Informe 2/2016, de 25 de febrero, considera que no es posible adquirir «licencias corporativas», entendiendo por tales los derechos de uso de un determinado software, sin aplicar el TRLCSP. Las licencias corporativas no son derechos incorporales, sino medio de autorización para la utilización de los servicios contratados. No existe duda alguna, acerca de que las funcionalidades de un gestor electrónico de expedientes constituye el objeto de un contrato típico de servicios, cuya adjudicación deber realizarse por los procedimientos, y en la forma, que establece el TRLCSP.

co de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

16 La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón emitió durante el año 2015 veinte informes y dos recomendaciones.

C. **Contratación de servicios de prestaciones periódicas. Contratación de servicios por precios unitarios en función de las necesidades**

En el Informe 5/2016, de 25 de febrero, afirma la Junta que la contratación del servicio para la prevención y control del riesgo de aludes en las carreteras de acceso al túnel de Bielsa, y del mantenimiento para las mismas, puede llevarse a cabo mediante la adjudicación de un contrato de servicios ordinario o a través de un procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades. En el primer caso, en el procedimiento ordinario de contrato administrativo de servicios, la previsión que da causa al establecimiento de un concreto régimen de modificación para el contrato debe alcanzar no sólo las causas que actúan la tramitación de la modificación del contrato, sino también el momento en que ha de iniciarse dicha tramitación, al objeto de que sirva de cobertura jurídica –en los términos de la legislación contractual y presupuestaria– a la prestación de los servicios objeto de la modificación. En el segundo supuesto, a través de un procedimiento para la adjudicación de un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades. Se trata de fijar unas unidades de actuación y unos precios, a los que se aplica la baja de adjudicación, y aprobar un importe máximo con previsión de incremento en el caso de que las necesidades reales de actuación superen las previstas. Se tendrá que aprobar la modificación del contrato, en su caso, antes de agotar el crédito inicial. La Disposición adicional trigésima cuarta del TRLCSP, no exige que tales contratos –como sí hace el art. 9.3 a) TRLCSP, para los contratos de suministro por precio unitario– deban tramitarse conforme a las normas del acuerdo marco con un único empresario.

D. **Incompatibilidad de un concejal para efectuar suministros al ayuntamiento**

La Junta Consultiva en su Informe 7/2016, de 20 de abril, manifiesta la existencia de incompatibilidad en la Concejala titular de la tienda de alimentación, que suministra al Ayuntamiento. La existencia de financiación total o parcial del contrato por la entidad local, es la determinante para que exista causa prohibitiva para contratar. La Ley no hace salvedad alguna por razón de la cuantía del contrato, ni por la circunstancia de que los suministros se efectuasen con anterioridad a la adquisición de la condición de concejala.

E. **Prohibiciones para contratar aplicables a los familiares de los miembros del ayuntamiento del municipio. Conflicto de intereses**

En el Informe 10/2016, de 18 de mayo, se mantiene que el nuevo aptdo. g) del art. 60 TRLCSP, extiende la prohibición –hasta ahora aplicable al afectado, a sus

descendientes y cónyuge, o a la persona vinculada con análoga relación de convivencia afectiva– a los ascendientes así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. La ley no determina que la relación de parentesco, en sí misma considerada, suponga la existencia de un conflicto de intereses. El conflicto de intereses tiene carácter objetivo, porque puede ser contrastado, discutido y argumentado. El conflicto de intereses únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores. La declaración de la existencia, o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio.

F. **Cláusulas a incorporar en los pliegos en relación con la responsabilidad fiscal de los licitadores**

Según el Informe 15/2016, de 20 de julio, la Comunidad Autónoma de Aragón carece de competencia para ampliar los supuestos de prohibición de contratar regulados en el art. 60 TRLCSP por tratarse de un precepto que tiene carácter básico. No puede apreciarse como falta de capacidad, solvencia económica, financiera o técnica de un operador económico el mero hecho de tener residencia, actividad o que tribute en los llamados paraísos fiscales, por ser una consecuencia contraria a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre licitadores. Los criterios de adjudicación deben estar directamente vinculados con la prestación objeto de contrato, de manera que no procede dar preferencia a las empresas que cumplan correctamente con sus obligaciones fiscales, siendo esta circunstancia de una exigencia legal. Una condición de ejecución que valore que el adjudicatario de un contrato repercuta los beneficios derivados del contrato (o tribute por ellos) en un determinado territorio, es discriminatoria y contraria a los principios generales de la contratación pública, y tampoco puede considerarse como cláusula de carácter social.

G. **Procedimiento negociado**

La Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado, tiene su origen en la conveniencia de establecer unas pautas con el fin de dar seguridad jurídica a los órganos gestores sobre los supuestos de aplicación del procedimiento negociado y sus requisitos,

a la luz del efecto directo de las Directivas de contratación pública aprobadas en 2014. La recomendación lleva a cabo un exhaustivo estudio acerca de la naturaleza del procedimiento negociado, los supuestos de aplicación, la preparación y formulación del procedimiento, la negociación y la adjudicación.

H. **Documento Europeo Único de Contratación**

Finalmente, la Recomendación 2/2016, de 21 de junio de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del Documento Europeo Único de Contratación (DEUC).

3. Consejo Consultivo de Aragón

A. **La resolución de los contratos**

La resolución de un contrato administrativo constituye una figura caracterizada por la extinción anticipada o anormal del contrato, originada por circunstancias sobrevenidas a la celebración del mismo, que impiden la correcta ejecución de la prestación convenida, frente al modo normal u ordinario de extinción, que consiste en el cumplimiento por ambas partes (Administración y contratista) de las recíprocas obligaciones a las que se habían comprometido. En los términos del art. 221 TRLCSP, «los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución», y a la resolución del contrato se refieren varios dictámenes del Consejo Consultivo.

Son varios los dictámenes en materia de resolución contractual, que mantienen la doctrina sentada por el Consejo Consultivo[17], destaca entre ellos el

17 Dictamen 10/2016, de 19 de enero, resolución del contrato de servicios de Dirección (arquitecto y arquitecto técnico) de las obras de construcción de un nuevo Hospital en Teruel.

Dictamen 11/2016, de 19 de enero, resolución del contrato de servicios de Dirección de Instalaciones de las obras de construcción de un nuevo Hospital en Teruel.

Dictamen 12/2016, de 19 de enero, sobre la resolución del contrato de servicios de Coordinación de seguridad y Salud de las obras de construcción de un nuevo Hospital en Teruel.

Dictamen 28/2016, de 1 de marzo, resolución de contrato de concesión de la explotación, atención y gestión del camping municipal La Estanca suscrito por el Ayuntamiento de Alcañiz (Teruel).

Dictamen 32/2016, de 24 de febrero, resolución del contrato suscrito por el Ayuntamiento de Utebo (Zaragoza) para la ejecución de la obra de edificación, urbanización e instalaciones en zona deportiva municipal.

Dictamen 33/2016, de 1 de marzo, resolución de contrato de concesión de Área de Acampada suscrito en el año 2006 por la Entidad Local Menor El Temple.

dictamen referente a la resolución del contrato de gestión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso en Aragón[18], el dictamen 238/2016, en el que se analiza el concepto de «obligación contractual esencial», que en la doctrina del Consejo de Estado queda remitido a la apreciación del órgano de contratación o del propio órgano consultivo, viniendo siendo interpretado de manera muy relajada (ver dictámenes números 934/2007, 839/2008, 677/2009, 1924/2010, 186/2011, 318/2012, 520/2012, 389/2013, 926/2013, 985/2014, 352/2015, 959/2015, entre otros). En el mismo sentido los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, que admiten con naturalidad el atribuir carácter esencial a obligaciones contractuales aunque no hayan sido calificadas como esenciales en el contrato o en los pliegos. Y, como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados». En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 20/2011, de 12 de septiembre y el Consejo Consultivo de Castilla y

Dictamen 202/2016, de 21 de septiembre, resolución de contrato suscrito por la Diputación Provincial de Zaragoza para la realización de los trabajos del Plan General de Ordenación Urbana de Gallur.

Dictamen 220/2016, de 21 de septiembre, resolución del contrato de suministro de vestuario destinado al personal de conservación de las Subdirecciones de Carreteras de Huesca, Teruel y Zaragoza, mediante Catálogo de Bienes Homologados del Gobierno de Aragón.

Y, finalmente, el Dictamen 238/2016, de 18 de octubre, resolución de contrato de gestión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso (NFU) suscrito por la Diputación General de Aragón.

18 En 2007 se licita la gestión de este servicio, GESNEUMA se hace cargo de la gestión de los neumáticos fuera de uso dentro del territorio aragonés. En los años de vigencia del contrato se producen numerosos incumplimientos por parte de la concesionaria —acumulación de retrasos en la prestación de servicio público, el incumplimiento de la normativa en materia de incendios que exigía a la concesionaria no superar las pilas de neumáticos en más de 1000 metros cúbicos, el compromiso adquirido por contrato con la concesionaria era reciclar el cien por cien de los neumáticos fuera de uso y sin embargo, en 2014 a través de una inspección se constató la existencia de una planta de pirolisis para la producción de energía en el mismo terreno en el que se desarrollaba el servicio público— que llevaron a iniciar en junio de 2016 el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la concesionaria Gestión de Neumáticos de Aragón, SA.

León (dictámenes 1.222/2009, de 26 de noviembre, 32/2010, de 18 de febrero y 115/2014, de 11 de abril). Y no de opinión distinta es la Jurisprudencia que, en la generalidad de los casos atribuye ella misma la condición de «esencial» a los incumplimientos denunciados por la Administración, sin perjuicio de que estuvieren o no previstos con tal calificativo en el contrato. Recuerda el Consejo, a título de ejemplo la STSJ de Castilla y León, Valladolid 700/2015, de 22 abril (RJCA 2015\569), según la cual, «Los hechos alegados por la mercantil apelante, para sustentar su petición de resolución por causas achacables a la corporación municipal, se refieren, entre uno de los aspectos más importantes y como ya se ha explicado, a la falta del pago del precio, lo que ciertamente podría encajar, de manera sobrevenida y una vez fue corregida por sentencias judiciales la interpretación que mantenía la Administración, en la causa de la letra f) del mencionado art. 223 del TRLCSP, que se refiere al "incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato" –ello dando por supuesto que la falta de pago del precio del contrato constituye el incumplimiento de una obligación de ese carácter, aun cuando es verdad que ello no se ha declarado así y expresamente en el Pliego de Condiciones–». O también, según la STSJ del TSJ de Madrid 229/2012, de 13 junio (RJCA 2012\587), «El art. 111 g) del TRLCAP, tras expresar las causas generales de resolución de los contratos administrativos, recoge entre ellas: "El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales", concepto jurídico indeterminado que para su apreciación exige en cada caso concreto examinar si existe real incumplimiento y no únicamente demora y si lo incumplido es una obligación esencial. Dándose también la resolución contractual incluso por la concurrencia de causas no prevenidas en los Pliegos (por ejemplo, en la STS de 22 de febrero de 1982 –RJ 1982\1619– se decía que "como se ha dicho, la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público, y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución, con toda la relevancia que a esto se da en la Exposición de Motivos de nuestra Ley Jurisdiccional, es lógico pensar que si la cesación unilateral en la prestación del servicio, por parte del adjudicatario, no se recogió específicamente entre los supuestos recogidos en el Pliego de Condiciones del Concurso, como una de las causas habilitantes de la caducidad de la concesión, es, posiblemente, por ser demasiado obvio"»). Pueden verse también la STSJ de Murcia 1349/2011, de 28 diciembre (JUR 2012\22230) la del TSJ de Extremadura 523/2007, de 28 mayo (JUR 2008\79716), la del TSJ de Andalucía, Granada 1913/2014, de 7 julio (JUR 2015\133922), la del TSJ de Galicia 802/2011 de 29 julio (JUR 2011\345064), la del TSJ de Cataluña 290/2004, de 24 febrero (JUR 2004\118224) o la del TSJ de Castilla y León, Burgos 797/2010, de 10 diciembre (JUR 2011\62972). Aunque, para nosotros, tal y como hemos señalado previamente, procedería la reso-

lución contractual ante la evidencia de no poder obtener la Administración el cumplimiento satisfactivo de las prestaciones convenidas, ante la naturaleza, las características, la peculiaridad y las singularidades de los incumplimientos que son denunciados en relación al concreto contrato de que se trata. Ello ha venido manifestándose desde el inicio de la prestación contractual donde quedó ya constatada la ausencia de construcción de los cuatro silos y el incumplimiento de las condiciones de almacenamiento, y se ha ido corroborando a lo largo de la ejecución contractual con la inoperancia correctiva de las sanciones impuestas, la ocultación de información y el quebranto de la buena fe contractual. Y, para nosotros, sigue manifestándose ahora a través del soporte reaccional escogido por el concesionario al objeto de oponerse a la resolución contractual. Desde la perspectiva de las cosas, considera el Consejo que procedería declarar la resolución contractual en el caso de que se trata, bien entendido que ello impacta en el sector privado, al igual que acarrea unas determinadas consecuencias en la prestación del servicio público que nosotros, desde la posición institucional que ocupamos, no podemos prever en la totalidad de su significado y alcance, pero que desde la Administración deben ser meticulosamente calculadas en cuanto a no eliminar la continuidad en la prestación o, en su caso, en relación a coordinar las secuelas derivadas de un eventual cambio en el modelo de gestión.

B. **Modificación de los contratos**

El Consejo Consultivo únicamente se ha pronunciado en un supuesto de modificación de contratos. Se trata del Dictamen 108/2016, de 19 de abril, relativo a la modificación del contrato de gestión de servicios públicos relativo a los servicios de hospitalización de media y larga estancia en régimen de internamiento y atención ambulatoria a enfermos crónicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón. Es evidente que la práctica de la modificación de los contratos conoce una importante reducción en los tiempos actuales.

Servicios públicos y contratos de servicios

Pedro Luis Martínez Pallarés

En el presente informe se analizan y exponen las novedades normativas, jurisprudenciales y documentales habidas en la Comunidad Autónoma de Aragón en relación tanto con la gestión de los servicios locales como con los contratos de servicios en las entidades locales aragonesas durante el año 2016.

I. LEGISLACIÓN

1. Servicios públicos

Si bien el ámbito objetivo de este Informe se circunscribe a las novedades normativas habidas en la Comunidad Autónoma de Aragón, dada la incidencia que tiene sobre la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos, damos puntual noticia de las previsiones contenidas al respecto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, aprobada por las Cortes Generales, que entró en vigor el pasado mes de octubre de 2016.

El art. 86.2.a) de la Ley 40/2016, de 1 de octubre establece como condición para que las entidades integrantes del sector público institucional del Estado sean consideradas medios propios y servicios técnicos de los poderes adjudicadores, entre otras, el que «sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad social». Esta preferencia contractual, ciertamente que circunscrita al ámbito de las enti-

dades que integran el sector público institucional del Estado, contraviene la previsión del art. 24.1.a) TRLCSP de preferencia por los medios propios cuando la Administración disponga de ellos, tal y como con acierto han resaltado T. Font i Llovet y A. Galán Galán. En tanto no se modifique el mencionado artículo del TRLCSP o no se introduzca previsión alguna en dicho sentido en la legislación básica de régimen local, entendemos que sigue vigente la previsión prevista en la legislación contractual.

La Disposición Adicional Novena de la LRJSP introduce una nueva Disposición Adicional trigésimo sexta en el TRLCSP, procediendo a la creación de la Oficina Nacional de Evaluación que tiene como finalidad el análisis de la sostenibilidad financiera de los contratos de concesión de servicios públicos. Con carácter previo a la licitación de dichos contratos a celebrar por poderes adjudicadores dependientes de las entidades locales deberá evacuarse informe preceptivo si se realizan aportaciones públicas a la explotación de la concesión o cualquier medida de apoyo a la financiación del concesionario. Idéntico requisito se establece respecto de los contratos de gestión de servicios públicos en los que la tarifa sea asumida total o parcialmente por el poder adjudicador, si el importe de los gastos de primer establecimiento supera un millón de euros.

Por otra parte mediante Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 11/2016, de 15 de diciembre, de acción concertada para la prestación a las personas de servicios de carácter social y sanitario, se posibilita la prestación de este tipo de servicios mediante acuerdos de acción concertada con entidades públicas o con entidades privadas sin ánimo de lucro, al margen de la normativa contractual pública. Como quiera que dicha ley resulta de aplicación tanto a prestaciones propias de contratos de gestión de servicios públicos como de contratos de servicios, todos ellos a las personas, realizaremos un breve comentario sobre el contenido de la misma en el epígrafe relativo a las novedades normativas en materia de contratos de servicios.

2. Contratos de servicios

La mencionada Ley de la Comunidad Autónoma de Aragón 11/2016, posibilita que la prestación de servicios a las personas de carácter social y sanitario, ya sean servicios públicos o de servicios desde una perspectiva contractual pública, pueda realizarse además de por la propia Administración competente mediante gestión directa, y por gestión indirecta mediante las fórmulas previstas en la legislación contractual pública, mediante acuerdos de acción concertada con entidades publicas o privadas sin ánimo de lucro.

La nueva regulación contenida en la Directiva comunitaria 2014/24/CE permite abrir nuevas posibilidades respecto de la organización de esta tipología de

servicios, al establecer que «los servicios no económicos de interés general deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva» y reconocer en relación con los servicios a las personas que las Administraciones «siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos».

En consecuencia para la prestación de este tipo de servicios la Administración competente podrá optar por distintas fórmulas gestoras, entre ellas la acción concertada. En este caso se regirá por el régimen jurídico establecido en la Ley comentada, al margen de la normativa de contratación pública, de acuerdo con los principios y procedimiento establecidos en los arts. 4 y 5 de la Ley y con las limitaciones a la contratación o cesión de servicios concertados contenidas en el art. 7. Resulta de particular relevancia destacar que la suscripción de este tipo de acuerdos con entidades privadas sin ánimo de lucro conlleva ineludiblemente que estas «no obtengan ningún beneficio de sus prestaciones, independientemente del reembolso de costes variables, fijos y permanentes necesarios para prestarlas, ni proporcionen ningún beneficio a sus miembros».

II. JURISPRUDENCIA

1. Servicios públicos

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) ST de 17 de diciembre de 2015 (JUR/2016/23563). Modificación de un contrato de concesión adjudicado veinte años atrás. Legislación aplicable. Legitimación

Dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza contra Sentencia del Juzgado contencioso administrativo número 2 que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo deducido frente a la resolución del Consejero de Presidencia, Economía y Hacienda de dicho Ayuntamiento, por el que se inadmitieron los recursos de reposición interpuestos contra el acuerdo que había aprobado la modificación del contrato de la concesión administrativa para la construcción de un aparcamiento subterráneo junto al hospital Clínico en la avenida San Juan Bosco y se acordaba la resolución de muto acuerdo del contrato para la construcción de dos aparcamientos de vehículos en Zaragoza, adjudicados todos ellos a la misma mercantil.

La cuestión controvertida consiste en determinar la legalidad de una modificación contractual acordada el año 2010, relativa a un contrato adjudicado veinte años atrás, que afectaba a la construcción de tres aparcamientos, que has-

ta el momento no se habían ejecutado, y que suponía la resolución pactada de dos de ellos.

No obstante la primera cuestión abordada consiste en la falta o no de legitimación de las recurrentes en primera instancia, que no participaron en la licitación del contrato veinte años atrás. La Sala admite que en materia de contratación administrativa «en principio» el interés legítimo viene determinado en general por la participación en la licitación o su impugnación, si bien la determinación de la legitimación en cada caso ha de efectuarse de forma casuística. En el supuesto enjuiciado la particularidad deviene de que nos encontramos ante una modificación de una concesión otorgada en 1990 que, no habiendo sido ejecutada en 2008, y ante las necesidades de aparcamiento existentes, los recurrentes inician dicho año los trámites para construir un aparcamiento enfrente de dicho Hospital. Actuaciones que culminaron con la concesión por el Ayuntamiento de licencia ambiental de actividad clasificada y licencia urbanística del proyecto básico. Por ello la Sala reconoce a los recurrentes legitimación, entendida como una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión, que comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo o evitación de un efecto negativo actual o futuro, pero cierto, y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir de modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial o futuro en la esfera jurídica de quien alega su legitimación. Circunstancias que concurren en el caso.

Tras determinar que la legislación aplicable para resolver el objeto de la litis era la vigente en el momento de otorgamiento de la concesión inicial, Ley y Reglamento de Contratos del Estado de 1965 y 1975, respectivamente, ya que la modificación recurrida se acuerda antes de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, la Sala confirma la Sentencia de instancia y desestima el recurso de apelación en base a las razones que se exponen a continuación.

Tanto la LCE como el RGCE establecen que para ejercitar la potestad de modificación de los contratos deben concurrir razones de interés público, obedecer a necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas, no afectar a la esencia o sustancia del contrato, llevando aparejada la indemnización procedente. La modificación planteada a juicio de la Sala forma parte de una solución integral, afectando a la esencia o sustancia del contrato, ratificando lo afirmado por el Juzgado de instancia que consideraba que «del contrato que inicialmente se ofertó y adjudicó al actual no queda prácticamente nada, salvo las mismas partes y una coincidencia en parte del solar, habiéndose producido modificaciones esenciales como la ampliación de las plazas de aparcamiento o la condición de proyecto municipal».

En concreto, de las modificaciones aprobadas, que forman parte de un lote en el que queda inejecutado otro aparcamiento que queda resuelto, destacan: la variación del emplazamiento físico que habría de abarcar parte de la parcela inicial, que se reduce de 2350 a 1850 m, y el subsuelo de la parte colindante con la avenida San Juan Bosco hasta su mediana central, con una ocupación de dominio público inicialmente no prevista; se pasa de un aparcamiento de edificación sobre rasante a un aparcamiento de cinco plazas subterráneas y urbanización de planta de superficie; respecto del periodo de vigencia de la concesión si bien se mantiene en los 50 años iniciales se altera el plazo de incio del mismo, inicialmente la fecha de la concesión, y pasa a ser el de la fecha de terminación de las obras, superándose así los 70 años; y se produce un aumento del precio que supera notablemente el 20% al pasar de 4,5 millones de euros a 6,7 millones de euros.

En consecuencia, desestima el recurso y confirma la sentencia anulatoria de la modificación contractual acordada.

b) **ST de 15 de junio de 2016. (RJCA/2016/724). Gestión del servicio público de transporte urbano de viajeros por autobús. Formas societarias exigidas a los licitadores. Justificación de la solvencia técnica vinculada a la experiencia**

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del TACPA que desestima el recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza, «Gestión del servicio público de Transporte Urbano de Viajeros por autobús».

En esencia el TSJ de Aragón admite el recurso interpuesto en base a los siguientes fundamentos:

La obligación de constituir una Sociedad Anónima por la adjudicataria del contrato, contraviene lo preceptuado en el art. 4 de la Directiva 2004/18 y en el TRLCSP, ya que no puede exigirse por los poderes adjudicadores que las agrupaciones económicas tengan una forma jurídica determinada y dicha obligación solo puede, en su caso, exigirse cuando se haya procedido a la adjudicación del contrato en la medida en que sea necesaria para la correcta ejecución del mismo. A juicio de la Sala no parece justificable que se obligue a la actora a modificar la forma societaria cooperativa que revestía, bajo la justificación de evitar la existencia de entramados societarios, cuando el capital social de la cooperativa está constituido por las aportaciones de los socios, siempre personas físicas, que o son trabajadores o son colaboradores y solo pueden transmitirse las acciones entre ellos y sus descendientes.

La exigencia de solvencia técnica vinculada a la experiencia, en concreto bien una experiencia relativa a un contrato con igual objeto que el licitado bien experiencias en gestión de servicios de transporte urbano o metropolitano de

viajeros que de manera acumulada representen experiencia en gestión de contratos que den servicio a 80 millones de pasajeros/año o realicen 16 millones de vehículos-km/año, es considerada por la Sala que contraría tanto a la normativa europea, como interna, que está inspirada en el principio de garantía de la participación más amplia posible de licitadores. Y ello porque no hay justificación suficiente para considerar que solo es posible acreditar la solvencia técnica por los medios descritos, excluyendo otros sistemas de acreditación. El art. 78 TRLCSP, establece diversas formas de acreditar dicha solvencia. En concreto la resolución recurrida indica que el haber sido trabajador de la empresa de transportes no conlleva solvencia pues debe proyectarse también sobre la planificación y la gestión, olvidando que en la relación de trabajadores de la cooperativa también hay trabajadores en puestos de gestión, junto a conductores, personal administrativo y de mantenimiento, por lo que considera contrario al principio de garantía de participación más amplia exigir solo la experiencia en contratos iguales para acreditar esta solvencia técnica.

Asimismo entiende que la exigencia de experiencia previa en un contrato idéntico y de las mismas características puede convertirse en una limitación a la competencia contraria a la Ley de Defensa de la Competencia. Tras referir diversa jurisprudencia del TS que declara que exigir experiencia exclusiva de un solo tipo de contrato de transporte es un trato discriminatorio y no proporcional que constituye un trato desigual a los licitadores, considera que la supuesta complejidad del contrato no justifica que la experiencia exigida solo sea posible para este tipo de contrato de prestación de servicios de transporte. Con ello no quiere decirse que no valga establecer el requisito de experiencia como acreditativo de solvencia técnica sino exclusivamente que este no puede convertirse en barrera de la competencia como es el caso.

c) **ST de 22 de noviembre de 2016 (JUR/2017/45). Contrato de gestión de servicio público de construcción y explotación de tanatorio. Objeto social de los licitadores**

Dictada con motivo de recurso de apelación deducido contra Sentencia de Juzgado Contencioso-Administrativo núm. 1 de Huesca desestimatoria del recurso interpuesto contra el acuerdo del Ayuntamiento de Graus por el que se adjudica la construcción y explotación de tanatorio.

La sentencia de instancia consideró que las mercantiles recurrentes fueron excluidas de la licitación correctamente dado que en virtud de lo establecido en el art. 57.1 TRLCSP el objeto principal del contrato, la explotación de un tanatario, no se encontraba entre los fines, objeto o ámbito de la actividad de la recurrente, tal y como se desprendía del tenor de sus estatutos.

Frente a la pretensión de las recurrentes de realizar una interpretación flexible del art. 57.1 TRLCSP, la Sala considera que si bien es cierto que este no exige una coincidencia literal de los términos en que se describen las actividades que constituyen el objeto social de la entidad con el tenor literal que describe el objeto del contrato, no puede interpretarse que tenga capacidad para contratar la gestión del servicio municipal de tanatario una entidad que tiene por objeto social la explotación de toda clase de inmuebles. La recurrente tiene capacidad para la construcción de obra pública pero no la tiene para la prestación indirecta del servicio municipal de tanatorio, que constituye el objeto central del contrato, pues entre las diversas actividades que constituyen su objeto social no figura la de funeraria o tanatorio. No es que no deba exigirse coincidencia literal entre el objeto social y el contractual, es que no existe similitud alguna entre uno y otro.

Por otra parte afirma la Sala que no es posible suplir la inexperiencia mediante la subcontratación ya que solo es posible respecto de prestaciones accesorias.

Asimismo considera que, frente a lo argumentado por las recurrentes de que el TRLCSP no anuda la solvencia técnica del licitador al objeto del contrato, el requisito de solvencia toma como referencia el objeto del contrato de modo que no es posible desvincularlo de él. De la documentación aportada se aprecia la solvencia técnica para la construcción de un inmueble pero no para la gestión de un servicio de tanatorio.

Por último frente a la afirmación de que en los supuestos de UTE basta que las exigencias de solvencia sean cumplidas por una de las entidades concurrentes, reiterando doctrina de la misma Sala considera que los requisitos de capacidad y solvencia deben acreditarse por y en cada una de las entidades que la conforman, sin que los acreditados respecto de una de las entidades acrecen, acumulan y aprovechan a las demás llamadas a integrar la UTE. Tampoco el art. 63 TRLCSP da cobertura a la posibilidad de integración de solvencia por medios externos, pues una cosa es que el licitador pueda basarse en la solvencia y medios de otras entidades y otra distinta es que toda su solvencia radique en la propia de los medios externos de los que pretende valerse.

2. Contratos de servicios

A. Jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón

a) St de 18 de febrero de 2016 (JUR/2016/84031). Contratos de servicios de seguridad. Pago tardío de facturas. Anatocismo

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra desestimación presunta de solicitud de abono de facturas emitidas por los servicios de seguridad prestados a la Delegación del Gobierno en el denominado

Pabellón de Aragón del recinto de la Exposición Internacional celebrada en Zaragoza el año 2008, expidiendo para ello diversas facturas mensuales.

Tras la presentación por la recurrente ante la Administración de una reclamación de cantidad correspondiente a los meses de agosto de 2010 a marzo de 2011, la Administración procedió al pago de las mismas el día 10 de octubre de 2011 salvo la correspondiente al mes de julio que fue abonada el día 13. En la demanda se reconoce el pago y se mantiene la reclamación del importe de los intereses de demora al efectuarse el pago fuera del plazo legalmente establecido, fijándose en 4768 euros o subsidiariamente en 4586 más los intereses legales sobre los intereses vencidos al tiempo de la interpelación judicial.

La Sala entiende que procede el abono de los intereses de demora reclamados por el pago tardío de la factura en la cantidad de 5586 reclamados subsidiariamente. Asimismo procede el abono de los intereses devengados por el retraso en el pago de los intereses reclamados desde la fecha de interposición del recurso, hasta su completo pago, anatocismo, al ser determinados y líquidos, puesto que se trata de un incremento sobre la cuantía no discutida de contrario y desde un principio han sido determinables.

b) **St. de 23 de marzo de 2016** (**JUR/2016/84972**). **Contrato de servicio de mediación y asesoramiento en contratos de seguros. Determinación de su objeto. Naturaleza. Contraprestación mediante porcentaje**

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra Acuerdo del TACPA estimatorio del recurso especial interpuesto contra el procedimiento de licitación denominado «Prestación del servicio de mediación y asesoramiento profesional en los contratos de seguros que concierta el Ayuntamiento de Huesca y sus OOAA durante toda su vigencia».

El Acuerdo recurrido consideraba que el pliego confundía la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato, que no era otro que el asesoramiento a la hora de valorar en los correspondientes procedimientos las distintas proposiciones de las compañías aseguradoras, así como las necesidades de riesgo a cubrir, y por ello dictaminó la existencia de vicio de nulidad del mismo.

La Sala del TSJ de Aragón coincide inicialmente con el TACPA en que nada impide que el Ayuntamiento pueda celebrar contratos de mediación de seguros y determinar que la retribución consista en un porcentaje de las primas. No obstante, no asume la conclusión de aquel de que la licitación recurrida confunde la mediación con el verdadero objeto y causa del contrato y que por ello, en realidad, no nos encontramos ante una prestación de la categoría 6 del Anexo I del TRLCSP sino ante un contrato público de servicios, pero no de seguros, al limitarse al asesoramiento, siendo por ello un contrato administrativo, debien-

do existir un precio cierto que no podría ser, al no haber mediación, un porcentaje sobre las primas.

Frente al criterio del TACPA la Sala considera que del clausulado contractual se desprende que el objeto del contrato no se limita a una mera labor de asesoramiento sino que incluye la prestación de los servicios propios del corredor de seguros y es acorde con lo que la Ley 26/2006 entiende por mediación. En este sentido una de las cláusulas del contrato, tras calificarlo como contrato privado en virtud de lo establecido en el art. 20 del TRLCSP, prevé que en lo no previsto en los pliegos en cuanto a su preparación o adjudicación se regirá por la ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados. En consecuencia lo que se pretende contratar no es solo el mero asesoramiento sino la actividad de mediación, consistente en la asistencia y asesoramiento y demás funciones propias de la mediación, sin que el adjudicatario mantenga vínculos contractuales que supongan afección con entidades aseguradoras.

Por ende, dadas las características del contrato de mediación y vista la jurisprudencia del TS al respecto, que admite que la retribución del contratista sea abonada en forma de comisión por las compañías aseguradoras sin que la Administración tenga que abonar contraprestación alguna por la prestación que recibe del adjudicatario, la sala estima el recurso y anula el acuerdo del TACPA impugnado.

c) **ST. de 17 de junio de 2016** (**JUR/2016/181130**). **Contrato de servicios de custodia de edificio. No procede resolución del contrato por incumplimiento de obligaciones esenciales**

Dictada con motivo de recurso contencioso administrativo interpuesto contra resolución de la Dirección General de Contratación y Patrimonio del Departamento de Hacienda y Administración Pública de la DGA desestimatoria del recurso interpuesto contra la retención del pago de la factura correspondiente al mes de septiembre de 2013 a la empresa contratista del servicio de custodia del edificio Casino Montesblancos de Zaragoza.

La Sala desestima el recurso por considerar que al encontrarnos ante un contrato de arrendamiento de servicios, no conlleva una prestación de resultado. En concreto la producción de daños en las instalaciones objeto de custodia no conlleva per se la imputación de responsabilidad por incumplimiento del deber de vigilancia. La producción de daños por terceros no significa en todo caso que la empresa encargada de dicho cometido haya incumplido el contrato.

En el supuesto enjuiciado el progresivo deterioro de las instalaciones, la ausencia de un plan de mantenimiento de edificio, la no inspección del estado de las instalaciones por la propiedad, así como la accesibilidad por parte de cual-

quiera a las mismas, junto con un contrato que pretende la vigilancia de un recinto de 11.000 m² con un servicio de vigilante de día y otro de noche, deben condicionar el pronunciamiento de la Sala.

La no existencia de partes de incidencias, en ese contexto, no puede ser entendida como un incumplimiento esencial del contrato. La propiedad era conocedora de la situación existente. Por ello no considera la existencia de incumplimiento de la prestación contratada, ni del hecho cierto de los desperfectos se puede presumir de los mismos incumplimiento de la prestación de la contratista generador de responsabilidad contractual de los daños sufridos.

d) **ST. de 14 de julio de 2016.** (**JUR/2016/195589**). **Contrato de servicios de recogida de residuos sólidos urbanos. Inadmisión del recurso. Determinación del dies a quo para la interposición de recurso ante el TACPA**

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del TACPA por el que se inadmitió el recurso especial de contratación interpuesto contra el acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Villamayor por el que se adjudicó el contrato de servicio de recogida de residuos sólidos urbanos y su transporte a centro de tratamiento o de eliminación.

La Sala centra su atención en el art. 44 TRLCSP que previene para la interposición del recurso especial el plazo de 15 días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado. En el supuesto enjuiciado el dies a quo fue el día 2 de agosto de 2010, dado que la fecha de registro de salida fue el día 1 de agosto, por lo que en consecuencia finalizaba el día 20 de agosto y sin embargo el recurso especial no se interpuso hasta el día 23 de agosto, por lo que resultó extemporáneo.

e) **ST de 27 de octubre de 2017** (*JUR/2016/261551*). **Prórroga de contrato de servicios de transporte de documentación**

Dictada con motivo de recurso de apelación interpuesto frente a Sentencia del Juzgado contencioso administrativo numero 1 de Huesca desestimatoria del recurso contencioso administrativo deducido frente a la desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Gerente del Sector de Huesca del SALUD por la que se acordaba la prórroga obligatoria del contrato del servicio de transporte de documentación, neveras con analíticas, lencería y paquetería hasta la nueva adjudicación del mismo.

El recurrente consideraba que en aplicación de los arts. 23 y 279.1 LCSP y de la Cláusula 2.1.7 del PCAP la prórroga del contrato será siempre de mutuo acuerdo y por espacio de dos años, discrepando con ello tanto de la resolución recurrida como de la Sentencia dictada.

No se discute por las partes que la Cláusula 2.1.7 del PCAP prevé que el contrato podrá ser prorrogado por mutuo acuerdo y que la duración máxima de la misma podría ser de hasta 2 años, ni tampoco que la Cláusula 3.2 del PCAP prevé la prorroga unilateral por la Administración y obligatoria para la contratista, con una duración máxima de dos años adicionales. La Sala entiende que se prevén dos tipos de prórrogas, la primera de mutuo acuerdo y por espacio máximo de dos años, en virtud de lo dispuesto en el art. 279 LCSP, y una segunda prórroga que es un privilegio de la Administración, prevista en el art. 23.2 LCSP, que es la que es objeto del presente recurso. La prerrogativa de la Administración ha sido utilizada con cobertura normativa y contractual y con justificación en el interés público, al prorrogarse el servicio hasta finalizar la adjudicación del nuevo contrato para no interrumpir el mismo.

No hay doble interpretación sino una doble prórroga.

En consecuencia confirma la Sentencia de instancia y la actuación recurrida.

f) **ST. De 1 de diciembre de 2016 (JUR/2016/277540). Contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios. Modificación versus resolución. El contrato no tiene la consideración de complementario de otro. Indemnización por resolución por desistimiento**

Dictada con motivo del recurso contencioso administrativo interpuesto contra la desestimación presunta de recurso de alzada frente a la desestimación presunta de petición de resolución de contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios del Proyecto Red del Sector 1 de Teruel.

El Gobierno de Aragón adjudicó el contrato descrito por un plazo de duración de 15 meses, prorrogable por un año adicional. Previamente había adjudicado a una tercera entidad el contrato de concesión de obra pública del Sector TE 1 de la Red de Carreteras de Aragón. Como quiera que se produjeron incidencias que imposibilitaron la aprobación definitiva de proyectos incluidos en el contrato de concesión de obra pública, se acordó por el GA la modificación de las anualidades del contrato de servicios, al estar paralizados los trabajos debido a la situación del contrato de concesión de obra pública.

Dado que el contrato de concesión de obra pública deviene en proceso de resolución por incumplimiento, se propone por la DG de Carreteras del GA la modificación del contrato de servicios para la gestión de procedimientos expropiatorios puesto que se prevé ejecutar por la DG en el futuro algunos tramos comprendidos en el proyecto presentado por la concesionaria con los correspondientes ajustes. La mercantil adjudicataria da su conformidad pero la DG del Servicio Jurídico del GA emite informe que considera que no es posible la modificación porque excede del objeto del contrato pues se añade a la gestión

de expropiaciones la reconfiguración de proyectos de ingeniería, lo que supondría una alteración sustancial del objeto del mismo. Sugiere que por analogía se aplique el concepto de contrato complementario del de concesión. Si el contrato principal se resuelve el contrato de servicios también debería resolverse, no modificarse, por tratarse de un contrato complementario de otro que va a quedar extinguido.

Por la DG de Carreteras, sin que quedara constancia fehaciente de ello, se propone a la contratista una propuesta de resolución contractual de muto acuerdo, con una indemnización por importe de 2500 euros. La contratista manifiesta su disconformidad con la propuesta de resolución, en particular con la indemnización planteada, solicitando la extinción del contrato por resolución y solicitando una indemnización del 10 % del importe del contrato no realizado y el abono íntegro de lo realizado. Ante el silencio, entiende que se ha denegado su pretensión e interpone recurso de alzada frente a la denegación presunta. Contra la denegación presunta de este se interpone recurso contencioso administrativo.

La primera cuestión que aborda la Sala es la naturaleza del contrato controvertido. A su juicio en ningún momento ni de las cláusulas del PCAP ni del PTT se observa que se califique el contrato como subordinado o auxiliar de otro concreto contrato. En consecuencia no puede ser considerado complementario, ya que cuenta entre su objeto gestionar expropiaciones derivadas de proyectos ya en marcha al tiempo de adjudicarse el contrato, al margen del contrato de concesión de obra pública, y porque en ningún momento se ha planteado dicho carácter, como lo acredita que se pretende su modificación. Y si eso es así es porque lleva vida independiente de otro contrato. Lo que la Administración pretende con su calificación como complementario, a través de una interpretación errónea, no es sino la exoneración de una responsabilidad que el art. 279 LCSP no contempla. Dicho artículo se refiere a la duración de un contrato complementario de otro de obra o de suministro, que sigue a la del principal, pero no a las consecuencias derivadas de la extinción del mismo.

En consecuencia no puede considerarse que el contrato de servicios de gestión de las expropiaciones pueda considerarse complementario, ni que la resolución automática de este en la hipótesis de su complementariedad del de concesión de obra pública, cuando este es resuelto por causas imputables al concesionario, exima de toda responsabilidad a la administración contratante.

En segundo lugar, frente a la pretensión indemnizatoria de la actora descrita la Administración en su contestación a la demanda plantea subsidiariamente la viabilidad de la causa de resolución prevista en el art. 284.a) LCSP que daría derecho a una indemnización del 5 % del precio del contrato. La cuestión radica

en determinar si solo ha existido suspensión del contrato superior a 6 meses o si nos encontramos ante un desistimiento por parte de la Administración. En este sentido si bien el TS admite la existencia de desistimientos tácitos, ha de realizarse una valoración cautelosa de los hechos de forma que ha de desprenderse de los mismos una clara voluntad administrativa en ese resultado.

En el supuesto enjuiciado la Administración no plantea la resolución, sino su modificación, porque contempla la inviabilidad del contrato de obra pública. Conoce que el contrato que pretende modificar no puede serlo, y estando incurso en causa de resolución no lo hace. No puede continuar en el contrato original, ni puede realizar la modificación pretendida, debe resolverlo pero tampoco lo hace. No incoa expediente de modificación alguno, se limita a un traslado de propuesta de resolución de mutuo acuerdo, no fehaciente, que tiene por respuesta un requerimiento de resolución con propuesta de resolución por desistimiento, que no recibe respuesta alguna.

La imposibilidad conocida por la Administración de continuación del contrato, unida a la ausencia de actividad en ningún sentido, permiten deducir la voluntad de desistimiento de la Administración que conlleva acordar la resolución del contrato por dicha causa declarando el derecho del recurrente al importe de los trabajos realizados hasta el momento, sumado al importe derivado de aplicar el 10% al importe de los trabajos dejados de realizar, de conformidad con el art. 285.2 LCSP

III. **DOCUMENTACIÓN**

1. **Servicios públicos**

A. **Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón**

a) **Dictamen 28/2016. Resolución de contrato de concesión de la explotación, atención y gestión del camping municipal La Estanca suscrito por el Ayuntamiento de Alcañiz** (**Teruel**)

El Ayuntamiento de Alcañiz adjudicó el mencionado contrato con fecha marzo de 2005 a favor de una persona física, autorizando posteriormente su cesión a favor de un nuevo adjudicatario, condicionada a la subrogación de este en todas y cada una de las obligaciones del adjudicatario inicial.

En el anterior informe, integrado en el *Anuario* del año 2015, se analizó el Dictamen 138/2015, emitido como consecuencia del expediente de resolución contractual incoado por el mencionado Ayuntamiento por incumplimiento de condiciones esenciales del contrato por parte del nuevo adjudicatario, que declaró la caducidad del procedimiento.

Con fecha 9 de noviembre de 2015 el Ayuntamiento de Alcañiz inicia un nuevo procedimiento de resolución contractual por idénticas circunstancias, en el que consta la oposición del contratista.

El Consejo considera que la propuesta de resolución es ajustada a Derecho ya que el contratista no ha pagado los cánones contractuales, no ha abonado diversos tributos, no ha asumido los pagos de los suministros eléctricos y no está probado que haya pagado el seguro, a pesar de los sucesivos requerimientos para ello efectuados por el Ayuntamiento.

Dado que dichas obligaciones están incluidas en las Bases del PCAP, el contratista ha incurrido en el incumplimiento contractual de obligaciones contractuales esenciales previsto en el art. 113.3.g) TRLCAP, vigente en el momento de adjudicación del contrato. El hecho de que el Ayuntamiento no haya dado cumplimiento a obligaciones de compensación de facturas a las que se había comprometido, no es óbice, para que se aplique la causa de resolución, ya que el posible incumplimiento de la Administración de alguna condición contractual no habilita al contratista para incumplir sus obligaciones.

En consecuencia considera adecuado proceder a la resolución del contrato.

b) **Dictamen 33/2016. Resolución de contrato de concesión de Área de Acampada suscrito por una Entidad Local Menor**

La ELM El Temple adjudicó el año 2006 el contrato de concesión administrativa del Área de Acampada de El Temple y de las dependencias de la zona de bar. El año 2010 la citada entidad local acordó autorizar la cesión del contrato a una tercera mercantil, con la expresa subrogación del cesionario en cuantos derechos y obligaciones correspondían al cedente. A juicio de la Entidad Local se han incumplido las obligaciones contractuales esenciales establecidas en el PCAP tales como la satisfacción total del canon concesional, la constitución de aval bancario y la aportación de la documentación del contrato de seguro. En concreto aduciendo el impago de parte del mencionado canon y la no presentación de aval bancario acordó la resolución del contrato.

A juicio del Consejo, si bien el pago del canon no ha sido descrito en el PCAP como esencial, dicha «esencialidad» es reconocida en resoluciones jurisdiccionales que aluden al pago del canon concesional. Otra cuestión es la relativa al incumplimiento de la obligación de la presentación del aval bancario, que no es una obligación principal sino meramente accesoria. En este sentido recuerda la STS de 22 de marzo de 1993 que considera que el incumplimiento de la obligación accesoria no es suficiente para justificar el incumplimiento de las obligaciones fundamentales que nacen del contrato.

En relación con la obligación del pago del canon, destaca que no es lo mismo un impago esporádico que un impago reiterado. Para poder ejercitar la potestad resolutoria es necesario un impago del canon que sea reiterado y evidente. En el supuesto dictaminado nos hallamos ante el impago del canon del ejercicio 2015, que la Administración entiende que debe ascender a 42.000 euros y el interesado entiende que asciende a la cantidad de 27.000 euros de los que ha ingresado 15.000 euros. En concreto concurren una serie de causas particulares, aducidas por el contratista, tales como que los ejercicios 2010 y 2011 se satisfizo el canon concesional de 21.000 euros en lugar de 42.000 euros, que era el que debía abonarse hasta el año 2013, y que en los años 2014 y 2015 se han pagado 15.000 euros de los 27.000 euros que tenían que pagarse, a cambio de que el concesionario ha invertido más de 200.000 euros en obras, todo en virtud de pacto verbal conocido por el Alcalde, dos concejales y la Secretaria de la entidad.

Tras las correspondientes aclaraciones se da por acreditado que se consentía por la Entidad Local Menor que no se ingresase la totalidad del precio estipulado a la espera de justificar las obras a las que el contratista se había comprometido.

El Consejo da por acreditado que contraviniendo la prohibición de contratación verbal, establecida en el art. 55 TRLCAP, se modifica por la vía de hecho un contrato administrativo estableciendo una reducción del canon concesional a cambio de las realización de unas obras, y que ante un cambio en la composición de la entidad local menor se opta por exigir el canon como si no hubiese existido la modificación mencionada, ante lo que el concesionario se encuentra disconforme.

A pesar de resultar ignorado el importe del canon comprometido y su duración y el contenido concreto de la contraprestación asumida a cambio por el concesionario, el Consejo entiende que efectivamente existió una reducción del canon y que la Administración ofreció una imagen fiable sobre el mantenimiento del mismo, creando con ello la confianza legítima del concesionario en el nuevo importe del canon. Si bien la seguridad jurídica y la confianza legítima no configuran un derecho subjetivo de los ciudadanos, sino solo unos principios jurídicos, ello no impide su plena aplicación, máxime cuando confluyen con otros principios como el de congruencia, equidad, proporcionalidad, buena fe, y la evitación del enriquecimiento injusto.

Por ello a juicio del Consejo no procede alterar el marco en el que se ha desenvuelto la relación contractual en los últimos años sin explicación alguna ni prueba de la Administración o aportación de datos sobre el equilibrio económico de la concesión, debiendo guardar la administración la adecuada propor-

ción entre la naturaleza del incumplimiento y las consecuencias del mismo. En particular resalta que la gravedad o esencialidad del incumplimiento debe calificarse en virtud de la posibilidad de obtener o no el fin perseguido del contrato.

Por todo ello, no constando que el canon concesional exigible por el ejercicio 2015 deba corresponder de forma inexcusable con el importe que reclama la Entidad Local Menor, no constando tampoco que exista un obstáculo que impida en el tiempo el pago que ha de ser realizado, ni una voluntad deliberadamente rebelde de impago, ni la imposibilidad de conseguir el fin perseguido en el contrato, el Consejo no puede pronunciarse de forma favorable a la resolución contractual pretendida.

c) **Dictamen 108/2016. Modificación de un contrato de gestión de servicios públicos de los servicios de hospitalización de media y larga estancia en régimen de internamiento y atención ambulatoria a enfermos crónicos dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón**

En virtud de un contrato suscrito con el Hospital San Juan de Dios de Zaragoza, esta entidad se compromete a realizar la mencionada gestión de servicio público, mediante la modalidad de concierto, estando distribuido el precio del contrato en cinco anualidades. Ante el incremento de la actividad, justificado por el Director General de Asistencia Sanitaria del GA, se propone la modificación del mencionado contrato, que cuenta con la conformidad de la Directora Gerente del mencionado Hospital, en el sentido de proceder a la ampliación de 40 camas señalando como precio mensual el importe de 100.000 euros. El Consejero de Sanidad del GA acuerda la incoación del expediente de modificación y posteriormente recaba el correspondiente dictamen preceptivo del Consejo Consultivo de Aragón, al suponer una modificación contractual de cuantía superior a un 20% del precio primitivo del contrato, en virtud del art. 211.3.a) del TRLCSP.

El Consejo constata que en el expediente tramitado al efecto no se ha efectuado el trámite de audiencia. No obstante consta que la intención de modificación del contrato fue comunicada a la contratista con anterioridad al inicio del expediente de modificación y la contratista mostró su conformidad.

Si bien en el escrito de conformidad no se hace referencia al número y tipo de trabajadores que será necesario contratar para ejecutar la modificación pretendida, el aumento de plantilla se prevé en el Anexo del PCAP como una de las condiciones de la modificación, quedando obligada la contratista por la firma del contrato a lo dispuesto en aquel.

Si bien lo deseable hubiera sido realizar un trámite de audiencia previa una vez iniciado formalmente el procedimiento, al ser una modificación expresamente prevista en el PCAP con detalle suficiente, habiendo presentado la con-

tratista una oferta económica en relación con la modificación que ha debido tener en cuenta dichas condiciones, se presume que existe la conformidad de la misma.

En definitiva se trata de efectuar una modificación contractual prevista expresamente en el PCAP que cumple escrupulosamente con lo preceptuado en el art. 106 TRLCSP, por lo que el Consejo informa favorablemente su aprobación.

B. **Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

a) **Informe 8/2016, de 20 de abril. Modificación de un contrato de gestión de servicio público para introducir nuevas prestaciones**

El Alcalde del Ayuntamiento de Barbastro solicitó informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón sobre la posibilidad de modificación del contrato de gestión de servicio público de abastecimiento de agua del casco urbano. Desde el año 2002 el Ayuntamiento de Barbastro gestiona dicho servicio mediante un contrato de concesión de gestión de servicio público que tiene prevista una duración de 25 años, realizando la prestación de idéntico servicio en el polígono industrial de la localidad y en otros núcleos urbanos pertenecientes al municipio directamente por la propia entidad local. El Ayuntamiento consulta sobre la posibilidad de integrar en la mencionada concesión la prestación del servicio no incluido en ella, a través de una hipotética modificación contractual.

La primera cuestión que aborda la Junta radica en determinar la legislación aplicable dado que la concesión se otorgó durante la vigencia del TRLCAP, aprobado mediante RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio. En aplicación de la D.T. Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, LCSP, la cuestión planteada ha de resolverse a la luz de lo preceptuado en el mencionado R.D. Legislativo, en el que se permite la introducción de modificaciones contractuales solo por razones de interés público siempre que respondan a necesidades nuevas o causas imprevisibles. En todo caso, si bien existe un amplio margen para la Administración, la posible modificación está sometida a estrictos límites, tales como los principios de libre concurrencia y buena fe.

La Junta entiende que la eventual concurrencia de razones de interés público que respondan a necesidades nuevas o causas imprevistas, prevista en el art. 101 TRLCAP hace referencia a la imprevisibilidad entendida en sentido estricto y no a la mera improvisación o falta de diligencia. En el supuesto informado se observa que la coexistencia de formas de gestión distinta del servicio de abastecimiento fue una opción consciente y voluntaria de la corporación municipal, fundada en la titularidad de las redes e instalaciones, por lo que no puede hablarse de necesidades nuevas o causas imprevistas.

Junto a ello, ha de ponderarse igualmente el posible impacto de la modificación pretendida en las reglas de licitación, en concreto si las altera o no de modo sustancial. El contrato suscrito se adjudicó mediante procedimiento negociado, al considerarse que el sistema de abastecimiento del casco urbano estaba formado por instalaciones y redes del propio Ayuntamiento y de la empresa concesionaria prestataria del servicio, de forma que el sistema no podía funcionar sin la integración y acoplamiento de las mismas. En consecuencia no fue posible la promoción de concurrencia. Las restantes instalaciones y redes, del polígono industrial y restantes núcleos urbanos, tenían características diferentes, y por ello fueron gestionadas de forma directa por el Ayuntamiento. La modificación propuesta supondría un cambio sustancial de las reglas de licitación al conllevar una alteración sustancial del objeto del contrato, ampliándose a servicios excluidos expresamente por poseer características diferentes.

En consecuencia la Junta informa desfavorablemente la pretendida modificación.

b) **Informe 12/2016, de 20 de junio. Aplicación de la Ley 31/2007 de contratos en los sectores del agua, energía, los transportes y los servicios postales a los concesionarios y empresas mixtas en el ámbito del transporte público local**

El Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza consulta sobre la aplicabilidad a la empresa concesionaria del transporte público por autobús y a la sociedad de Economía Mixta Los Tranvías de Zaragoza de la Ley 31/2007.

La Junta expone que la LPCSE, al igual que la Directiva 2004/17/CE establece que su ámbito objetivo de aplicación además, de los tradicionales poderes adjudicadores, se extiende a empresas privadas que ejercen actividades en alguno de los sectores comprendidos en las mismas y gocen de derechos especiales o exclusivos expedidos por una autoridad competente de un Estado miembro. El problema radica en determinar cuándo una empresa privada tiene o no derechos de dicha naturaleza. Para la Directiva se entienden como derechos exclusivos o especiales los concedidos por autoridades competentes de un Estado miembro en virtud de cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa que tenga como efecto limitar a una o a más entidades el ejercicio de una actividad regulada y que afecte sustancialmente a la capacidad de las demás entidades para ejercer la actividad.

La LPCSE traspuso la Directiva europea y en su D.A. segunda enumera las entidades que deben sujetar su actividad a la misma, siendo evidente a juicio de la Junta que la entidad concesionaria de transporte público de viajeros de Zaragoza y la sociedad de Economía Mixta Los Tranvías de Zaragoza tienen condi-

ción de entidad adjudicadora y por ello deben aplicar en sus contratos las reglas procedimentales de la Ley 31/2007, si superan los umbrales establecidos.

En segundo lugar la Junta se plantea la incidencia que la nueva regulación establecida por las Directivas de contratación pública pudiera tener en la cuestión planteada. A su juicio las definiciones de derecho especial o derecho exclusivo contenidas en la Directiva 2014/23/UE, que gozan de efecto directo, suponen que los sistemas de gestión indirecta de servicios públicos locales en tanto conllevan un monopolio de explotación son un claro ejemplo de derechos exclusivos, por lo que las entidades concesionarias o sociedades de economía mixta han de tener la consideración de entidades adjudicadoras. No obstante la Directiva establece que los derechos que se hayan concedido mediante un procedimiento que haya sido objeto de publicidad adecuada, no constituirán derechos especiales o exclusivos, y a continuación concreta que entre tales procedimientos estarían incluidos los contratos de servicios en el sentido del Reglamento 130/2007 para la prestación de servicios públicos de transporte por autobús, tranvía, ferrocarril o metro que se hayan adjudicado sobre la base de un procedimiento de licitación siempre que su duración sea de 10 años para servicios de autobús y 15 años para ferrocarril u otros medios ferroviarios, más prorroga.

La consecuencia de ello es que los concesionarios o entidades en que concurran derechos especiales pueden ser excluidos del ámbito de aplicación de la norma, si se cumplen los requisitos expuestos. La cuestión en esta ocasión consiste en determinar si esta previsión resulta de aplicación en España, y la Junta considera que al no haberse transpuesto la Directiva no puede considerarse desplazada la mencionada D.A. segunda de la LPCSE, al no cumplir con las exigencias para desplegar efecto directo, consistentes en que sea suficientemente precisa e incondicionada. Por ello los poderes adjudicadores y entidades adjudicatarias no pueden acogerse al efecto directo de dichos preceptos no traspuestos.

En consecuencia en tanto no se produzca la mencionada transposición resulta de aplicación a las entidades reseñadas la Ley 31/2007.

c) **Informe 16/2016, de 20 de julio. Prórrogas y modificaciones en los contratos de gestión de servicios públicos**

El Director Gerente del SALUD plantea a la Junta Consultiva una serie de cuestiones sobre la posibilidad de que un concierto para la prestación de un servicio público de asistencia sanitaria, sea prorrogado obligatoriamente para el contratista por razones de interés general, si en el contrato se prevé que la prórroga sea acordada de muto acuerdo; sobre si, en su caso, cabría que la prórroga conlleva-

ra el incremento del precio para absorber el incremento de los costes salariales; y si existe la posibilidad de continuar la prestación del servicio por la empresa adjudicataria, aun sin contrato, en tanto se adjudica uno nuevo.

En primer lugar la Junta destaca la incorrecta calificación del contrato realizada en su momento, dado que al faltar la traslación de riesgos al contratista, nos encontraríamos no ante un contrato de servicio público sino ante un contrato de servicios. La falta de asunción de riesgos por parte del contratista, parece evidente toda vez que el sistema de pago del precio lo es a tanto alzado, repartido en pagos mensuales.

Asimismo en base a la Directiva 2014/24/UE la gestión de estos servicios puede llevarse a cabo mediante fórmulas no contractuales. Los denominados servicios a las personas, principalmente servicios sociales, sanitarios y educativos, pueden ser prestados libremente por las administraciones competentes, ya sea prestándolos por sí mismos o mediante instrumentos no integrados en los contratos públicos. Por ende, la aplicación de la normativa contractual pública no es la única posibilidad de la que gozan dichas autoridades para la gestión de los servicios a las personas.

En segundo lugar, respecto de la posibilidad de establecer una prórroga obligatoria para el contratista, la Junta recuerda que el art. 278 TRLCSP, en relación con la duración de los contratos de gestión de servicios públicos no contempla ninguna especialidad respecto de lo previsto en el art. 23.2 del mismo texto. En cambio el art. 279.1 TRLCSP sí la establece respecto de los contratos de servicios en la que se prevé la posible previsión en el contrato de su prórroga por muto acuerdo de las partes antes de su finalización. Si bien la calificación del contrato sobre el que se consulta, como de gestión de servicio público, fue inadecuada, dado que el procedimiento licitatorio se sometió a las especificidades de dicha calificación, el régimen jurídico de las prórrogas a aplicar ha de ser el de dicha tipología contractual, es decir el régimen general previsto en el art. 23 TRLCSP, sin la especialidad prevista para los contratos de servicios.

En el supuesto consultado en el articulado del contrato se introdujo la previsión de una prórroga por mutuo acuerdo, sin que la misma figurase en el PCAP. A juicio de la Junta dicha previsión resulta inadmisible en virtud del art. 23.2 TRLCSP ya que la regla de la obligatoriedad de la prórroga solo puede ser excepcionada si el contrato expresamente prevé lo contrario, debiendo entenderse que con dicha expresión se refiere a los pliegos. Y ello porque la inclusión a posteriori, en el texto del contrato, resultaría una variación de una condición esencial de la licitación, dada la íntima conexión que la prórroga tiene con la duración del mismo.

Por ello no cabría una prórroga acordada de mutuo acuerdo, siendo solo posible la aplicación del régimen general de que la prórroga resulta obligatoria para el empresario cuando lo acuerde el órgano de contratación.

En tercer lugar, en relación con la posible modificación del contrato para proceder a su reequilibrio económico como consecuencia de un incremento de los costes salariales, tras entender que resulta de aplicación el régimen jurídico de la modificación contractual contenido en la LCSP, en su versión anterior a la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible, vigente en el momento de aprobarse el expediente de contratación, si bien interpretada en coherencia con las Directivas y jurisprudencia europea, entiende que la misma supondría una modificación de condiciones esenciales del contrato expresamente excluidas en el PCAP.

Asimismo entiende que la modificación planteada debiera resultar acorde con lo establecido respecto de los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato en el art. 258 LCSP, entre los que no figura el incremento de los costes laborales. En todo caso dicha finalidad pudiera articularse a través de la revisión de precios, si bien el art. 77 LCSP, al regular las fórmulas de revisión de precios a prever en los pliegos, expresamente excluye de ellas los costes de la mano de obra, los costes financieros y los gastos generales o de estructura y el beneficio industrial, criterio ya fijado por la JCC del Estado en su informe 25/2006. En consecuencia entiende que el posible incremento de los costes laborales durante la ejecución del contrato debe ser contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas.

Por último, en cuarto lugar, destaca que la normativa sobre contratación no contempla la posibilidad de ordenar a la empresa adjudicataria la continuidad del servicio sin contrato administrativo hasta la nueva adjudicación del mismo. Todo ello con independencia de que en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público se prevea la posible prorroga del mismo, en determinadas circunstancias, hasta su nueva adjudicación.

d) **Informe 19/2016, de 28 de septiembre. Delegación por un Ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales**

El Ayuntamiento de Jaca solicita informe sobre la posibilidad de delegar en un consorcio para la gestión de residuos sólidos urbanos, en el que está integrado, la limpieza de las instalaciones municipales, ampliando para ello el objeto social del consorcio y estableciendo la correspondiente contraprestación por el servicio prestado.

Una vez aclarado por la Junta que la consulta planteada no versa sobre una posible delegación sino sobre una atribución de la gestión de ciertos servicios

en el consorcio, caracteriza a este como un figura organizativa de cooperación administrativa, que cuenta con un amplio ámbito objetivo, que comprende actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos, entre otras, y que tiene como límite que dichas actividades estén comprendidas en el marco de competencia de las administraciones implicadas. De forma que solo el titular de la competencia la puede encomendar, y la naturaleza pública del servicio ha de ser indubitable.

La Jurisprudencia del TJUE excepciona de la normativa de contratación a los acuerdos de cooperación entre entidades públicas cuando concurran una serie de requisitos, y en ese sentido se manifiesta el orientativo y no vinculante *Documento de trabajo de los servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa sobre contratación pública de la UE a las relaciones entre poderes adjudicadores*. Entre las tres formas de actuación de las Administraciones para llevar a cabo las tareas de interés público, se prevé la denominada cooperación público público, y entre los instrumentos de esta se integran los propios de la cooperación horizontal que nos ocupa. Dichos instrumentos de colaboración pública, para entenderlos excluidos de la normativa de contratación pública, deben cumplir una serie de requisitos, que la jurisprudencia comunitaria ha determinado en que solo intervengan poderes adjudicadores que no cuenten con participación de capital privado; que el objetivo sea desempeñar una tarea de servicio público, que compete a todas las partes cooperantes; que se rija solo por razones de interés público, que no conlleve transferencias financieras entre las partes salvo las de reembolso de costes reales y que las partes cooperantes no desarrollen actividades de mercado en el marco de la cooperación. Para la Junta el consorcio es una fórmula organizativa de cooperación, al que se encomienda la gestión de un servicio, pero la responsabilidad sobre dicha competencia se retiene por los organismos públicos encomendantes.

Por su parte en la nueva Directiva sobre contratación pública se prevé dentro de la denominación «contratos públicos entre entidades del sector público», la colaboración horizontal a la que estamos haciendo referencia. Dicha cooperación para ser identificada como tal exige que abarque a actividades de responsabilidad de servicio público asignadas a las entidades participantes; que deben basarse en consideraciones de interés público; que las entidades públicas cooperantes no realicen actividades conjuntas a través de esta fórmula que supere el 20% de la totalidad del volumen de contratos que debieran contratar con sujeción a las directivas comunitarias.

En este marco expuesto la Junta entiende, en aplicación de la jurisprudencia comunitaria, que en la prestación planteada, limpieza de los edificios municipales, concurren todos los requisitos de un contrato de servicios típico, al tra-

tarse de un contrato oneroso con un objeto de servicios incluido en el Anexo II de la Directiva. Asimismo afirma que el contrato no corresponde a ninguno de los tipos que siendo celebrados por entidades públicas no entran en el ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación, ya que la tarea atribuida no forma parte del ejercicio del poder público, no es un servicio público de competencia del municipio. En concreto afirma que la limpieza de los edificios del Ayuntamiento no puede quedar excluida de la aplicación de la normativa de contratación, al amparo de una atribución de su ejercicio en el consorcio a cambio de una contraprestación, con independencia de que este amplíe el objeto social para incluir dicha actividad.

Por último, sobre la posibilidad de encomienda de dicha actividad al consorcio, en base a considerarla excluida de la normativa contractual por considerarlo como medio propio del Ayuntamiento consultante, la Junta considera que no concurre la condición de medio propio establecida en la jurisprudencia y en el art. 24.6 TRLCSP, dado que el Ayuntamiento de Jaca no ejerce sobre aquel un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y el consorcio no realiza el grueso de su actividad con dicho Ayuntamiento.

2. Contratos de servicios

A. Dictámenes del Consejo Consultivo de Aragón

a) Dictamen 10/2015. Resolución del contrato de servicios de Dirección de las obras de construcción de un nuevo Hospital de Teruel

El contrato fue adjudicado mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Aragonés de Salud de 27 de mayo de 2013 teniendo un plazo de ejecución igual al de duración de las obras de construcción del nuevo Hospital de Teruel. Posteriormente el contrato de obra pública de construcción de nuevo Hospital de Teruel es resuelto y como consecuencia de ello por el Director Gerente del SALUD se efectúa propuesta de resolución del contrato de Dirección de las mencionadas obras (arquitecto y arquitecto técnico) como consecuencia del carácter complementario del mismo respecto del contrato de construcción del mencionado Hospital. Como quiera que por el contratista se formula oposición el Consejero de Sanidad recaba el preceptivo informe del Consejo Consultivo.

La cuestión controvertida radica en la procedencia o no de la causa de resolución invocada por la Administración, consistente en la resolución del contrato principal, de ejecución de las obras para la construcción del nuevo Hospital de Teruel, del que el de dirección de obras es considerado complementario. A juicio del Consejo resulta indubitable que la categoría de contrato complemen-

tario establecida en el art. 303.2 del RLCSP resulta de aplicación al supuesto analizado.

Frente a la oposición planteada por el contratista que considera que la complementariedad del contrato de dirección de obra debe analizarse en relación con la ejecución de la obra del Hospital y no con el contrato especifico de construcción suscrito con la contratista de la obra y que ha sido objeto de resolución, el Consejo considera que si finalmente se construye el Hospital será de conformidad con un proyecto de obra distinto, que requerirá una dirección de obra diferente de la que constituye el contenido del contrato cuya resolución se pretende.

En consecuencia el Consejo entiende que existe causa de resolución suficiente en virtud de lo establecido en el art. 308.c) TRLCSP.

En relación con los efectos de la resolución, la propuesta realizada por la Administración pretende proceder a la devolución de la fianza definitiva y el abono de 1360 euros por los gastos de anuncios de licitación, por considerar que no procede abonar indemnización por los servicios prestados, puesto que no había comenzado la ejecución del contrato. Si bien el art. 308 TRLCSP no recoge la obligación de indemnizar al contratista en el caso de resolución de un contrato complementario por resolución del contrato principal, el Consejo considera que la resolución tiene su origen en una causa imputable a la Administración, perjudicando con ello al contratista. Por ello entiende que los motivos de la resolución del contrato de dirección de obra son inescindibles de la resolución del contrato principal. Como quiera que este fue resuelto por demora en la comprobación del replanteo, prevista en el art. 237.a) TRLCSP, y que los efectos de dicha causa de resolución son los establecidos en el art. 239.2 TRLCSP, derecho del contratista a una indemnización equivalente al 2 por ciento del precio de la adjudicación, corresponde a la entidad encargada del contrato complementario ser indemnizada del mismo modo que el contratista principal.

b) **Dictamen 11/2016. Resolución del contrato de servicios de Dirección de Instalaciones de las obras de construcción de un nuevo Hospital en Teruel**

Nos encontramos ante una situación similar a la informada en el Dictamen del Consejo Consultivo comentado con anterioridad. En esta ocasión nos encontramos ante la resolución del contrato de servicios de Dirección de las instalaciones de las obras de construcción del nuevo Hospital en Teruel, con expresa oposición del contratista. La resolución del contrato de obras para la construcción del Hospital, a instancia de la contratista por demora en la realización de la comprobación del replanteo, conlleva para la Administración la resolución ex legem del contrato que nos ocupa, al considerar que es un contrato complementario de aquel.

El Consejo, como no podía ser de otra forma, hace extensible la fundamentación expuesta en el Dictamen anterior al nuevo supuesto informado. En consecuencia informa favorablemente la resolución del contrato de servicios por considerarlo complementario del de obras de construcción del Hospital, y entender que de construirse efectivamente el Hospital se hará en base a un proyecto diferente que, por ende, requerirá una dirección de instalaciones también distinta.

En relación con los efectos de la resolución, se ratifica en el derecho del contratista a una indemnización similar al contratista del contrato principal, es decir el 2% del precio de adjudicación.

c) **Dictamen 12/2016. Resolución del contrato de Coordinación de seguridad y Salud de las obras de construcción del nuevo Hospital en Teruel**

Al objeto de evitar reiteraciones innecesarias únicamente reseñar que nuevamente el Consejo informa favorablemente la resolución del contrato de servicios, al considerarlo como complementario del de ejecución de las obras ya resuelto, en virtud de lo establecido en el art. 308.c) TRLCSP, y reconoce el derecho del contratista a la percepción de una indemnización del 2% del precio de adjudicación.

d) **Dictamen 202/2016. Resolución de contrato suscrito por la Diputación Provincial de Zaragoza para la realización de los trabajos del PGOU de Gallur**

La Diputación Provincial de Zaragoza propone la resolución del contrato de servicios suscrito para la realización del PGOU de Gallur por incumplimiento de obligaciones contractuales esenciales por el contratista, en concreto la obligación de dedicar o adscribir a la ejecución los medios personales o materiales que se hayan contemplado en la oferta, prevista como condición esencial del contrato, y la obligación de subsanar la documentación del PGOU de acuerdo con las objeciones planteadas por los organismos que emitieron sus respectivos informes.

El Consejo da por acreditado el incumplimiento por el contratista de la cláusula 18 del PCAP, que establece como obligación esencial la adscripción al equipo redactor de una serie de personas con determinada calificación y el procedimiento para proceder, en su caso, a su sustitución previa autorización de la Diputación Provincial. La persona designada por la contratista para determinada actividad se jubiló y se incumplió por la contratista el procedimiento de sustitución de la misma contractualmente previsto.

Asimismo da por acreditado que el contratista incumplió la obligación contenida en la cláusula 2 del PCAP, que somete la ejecución del contrato a lo esta-

blecido, entre otras normas, en la Ley Urbanística de Aragón, el Reglamento de desarrollo de la misma y las prescripciones de textos legales de aplicación urbanística que pudieran ser promulgadas durante el periodo de vigencia del contrato. En dicha normativa se establece la obligación de incorporar al documento en tramitación las modificaciones necesarias, tras la emisión de los correspondientes informes sectoriales, para poder acordar la aprobación provisional. El Consejo entiende que el análisis de los informes sectoriales y de las modificaciones necesarias dimanantes de los mismos, forman parte del objeto del contrato.

Frente a la alegación formulada por la contratista de que si la Administración ha abonado las facturas giradas para el pago de los servicios contratados es porque considera que el objeto del contrato está cumplido, el Consejo da por acreditado que todavía existen pendientes de pago una de las partes en las que se había estructurado el objeto del contrato, consecuencia de que no se han ejecutado por el contratista.

En consecuencia informa favorablemente la resolución del contrato de servicios y considera que procede la incautación de la fianza y la indemnización de daños y perjuicios causados a la Administración en virtud de lo establecido en el art. 203.8 TRLCSP.

B. **Acuerdos del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón**

El alto número de acuerdos relativos a contratos de servicios adoptados por el TACPA durante el año 2016 motiva que circunscribamos nuestros comentarios a aquellos que entendemos pudieran tener especial interés para los lectores de este Informe.

a) **Acuerdo 21/2016, de 2 de marzo, por el que se resuelve recurso especial frente al procedimiento de licitación Servicio de proyección de cine en el Teatro de Bellas Artes de la ciudad de Tarazona y asistencia técnica del edificio del Teatro Bellas Artes**

La primera cuestión abordada, a efectos de admisibilidad del recurso, es la naturaleza del contrato calificado por la Administración contratante como administrativo especial. El Tribunal entiende que es un contrato de servicios de la categoría 26 del Anexo II del TRLCSP, que al tener un valor estimado superior a 100.000 euros es recurrible, por lo que admite el recurso.

La segunda cuestión abordada es la legitimación de los recurrentes, concejales de la corporación. Tras recordar los acuerdos del TACPA que reconocen la condición de interesados a los concejales de la corporación, salvo que formaran parte del órgano colegiado que hubiera adoptado el acuerdo recurrido, el Tribunal alude al art. 24.4 del RD 814/2015, de 11 de septiembre, que aprueba el Re-

glamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que expresamente reconoce la legitimación de los mismos.

La tercera cuestión abordada es la inclusión de la experiencia como criterio de adjudicación del contrato. El Tribunal recuerda que la experiencia es un criterio de aptitud, y no de adjudicación y reitera la jurisprudencia del TJUE que insiste en dicho extremo y afirma que la consideración de la experiencia específica para realizar la obra se basa en la capacidad técnica de los licitadores y esta experiencia constituye un criterio pertinente de verificación de la aptitud de los contratos. Cuestión distinta lo constituye que se valore la mayor calidad por aptitudes personales en prestaciones de contenido intelectual, resultando para ello relevantes los medios personales que se adscriben al contrato, circunstancia que no concurre en el supuesto enjuiciado.

Por último, la cuarta cuestión controvertida consiste en determinar la corrección o no de la cláusula séptima del PCAP, relativa a la acreditación de la aptitud para contratar, dado que se limita a enumerar todos los medios previstos en el TRLCSP sin concretarlos. El Tribunal entiende que el Ayuntamiento debe indicar no solo los medios de acreditación de la solvencia que considere más adecuados sino que ha de concretar los criterios de selección que precisen, con la proporcionalidad adecuada, el nivel mínimo de solvencia técnica y económica que se considera suficiente.

Por todo ello, estima el recurso.

b) **Acuerdo 72/2016, de 14 de julio por el que se resuelve el recurso especial interpuesto frente a los pliegos de condiciones que rigen la contratación del contrato «Servicio de Gestión y animación del Proyecto de Integración de Espacios Escolares (PIEE) en colegios de educación infantil y primaria», promovido por el Ayuntamiento de Zaragoza**

Por una mercantil que, dado el objeto del contrato y el objeto de su actividad social, pudiera tener interés en presentarse a la licitación se interpone recurso especial contra el pliego de condiciones de la contratación del contrato descrito, basado en una serie de motivos que a continuación describimos.

El primer motivo cuestiona la legalidad del sistema de modificación contractual por entender que no se encuentra debidamente delimitado y que vulnera el derecho del contratista a ser oído. En concreto el pliego de condiciones preveía la modificación del contrato como consecuencia de las necesidades detectadas por los directores de los centros o servicios sociales de los barrios o por la creación de un nuevo centro escolar, estableciendo el límite de la misma en el 20% del precio del contrato.

A juicio del Tribunal el motivo no puede prosperar por entender que el pliego cumple con las exigencias de los arts. 105 a 107 TRLCSP. Los pliegos recurridos regulan cómo se debe actuar ante las imprevisibilidades que afecten a la correcta ejecución del contrato, teniendo en cuenta dicha circunstancia a la hora de determinar el valor estimado del mismo. El Tribunal entiende que no concurre falta de diligencia en la motivación de que pueda existir necesidad de modificación por la necesidad de establecer un PIEE en un nuevo centro educativo, ya que no existen indicios de indebida planificación sobre esta cuestión y resulta suficiente el desconocimiento objetivo de su futura producción. De más difícil justificación resulta la posible modificación por nuevas necesidades detectadas por los directores de los centros, si bien al cumplir con los requisitos de que dichas circunstancias sobrevengan a la fecha de iniciación del contrato y que sean jurídicamente inevitables y no sean consecuencia de imprevisión o negligencia, se ajusta al marco normativo vigente.

El segundo motivo de impugnación versa sobre la subrogación de trabajadores y el mantenimiento de sus actuales condiciones salariales y laborales, por entender los recurrentes que vulneran los arts. 120 y 32.a) TRLCSP.

El Tribunal entiende que la obligación de subrogación en un contrato es una cuestión de ámbito laboral, de forma que cuando por convenio colectivo o previsión legal se contempla la obligación de subrogación los pliegos de licitación deben necesariamente incluir tal previsión y tenerla en consideración a la hora de determinar el valor estimado del contrato. En ese caso constituye una obligación laboral, indisponible por el pliego. Por ello desestima la pretensión anulatoria del recurso.

Igualmente desestima el recurso por lo que se refiere a la inclusión de la obligación de la subrogación en los pliegos, y la obligación de informar sobre ella, por entender que los pliegos dan puntual cumplimiento a la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

En relación con la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, el Tribunal considera legal dicha opción al entender que no limita la competencia y pretende dotar con ello de calidad a la prestación del contrato, dando así cumplimiento a la obligación de calidad/precio prevista en la Directiva 2014/24/UE. A su juicio el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego, sin que la ultraactividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado.

El tercer motivo de impugnación versa sobre un abuso de las prerrogativas administrativas de control en la ejecución del contrato al imponerse, a juicio de

la recurrente, en los pliegos obligaciones que vienen a desnaturalizar un contrato de servicios convirtiéndolo en un contrato de asistencia técnica.

El Tribunal recuerda que las condiciones sociales de los contratos pueden formar parte del diseño del contrato siempre que estén vinculadas al objeto del mismo. No obstante, no resultarán admisibles aquellas que interfieran de forma indebida la política empresarial de las empresas. Las previsiones del pliego impugnadas no quiebran dichas reglas pues se limitan a garantizar la correcta ejecución del contrato y del destino correcto de los pagos que realiza la Administración. En concreto la exigencia de los TC1 y TC2 que acreditan el pago de las nóminas o de justificación detallada de los gastos del contrato, a juicio del Tribunal, son previsiones razonables y necesarias que no erosionan la legitima capacidad de decisión de la empresa. Por ello desestima el motivo de impugnación.

Por último, el cuarto motivo de impugnación, considera que la exigencia de limitar los gastos de gestión y/o beneficio industrial vulnera el principio de riesgo y ventura de todo contrato público, contraviniendo principios constitucionales reguladores de la actividad económica.

Nuevamente el Tribunal desestima el motivo de impugnación por entender que no se produce la infracción denunciada. En un contrato de servicios con fuerte incidencia del factor personal, resulta razonable limitar los costes indirectos de gestión en tanto que permiten garantizar la exigencia de calidad/precio de las ofertas. La comparación con las exigencias que para el contrato de obras contiene el art. 31 RGLCAP hace que el Tribunal considere razonables y no desproporcionadas las previsiones del pliego impugnadas.

En consecuencia desestima íntegramente el recurso interpuesto.

c) **Acuerdo 53/2016, de 31 de mayo, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón frente al anuncio y los pliegos que rigen la licitación del procedimiento denominado Prestación del servicio de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, convocado por el Instituto Aragonés de la Mujer**

Con motivo de la publicación en el *BOA* y en el Perfil del contratante del anuncio de licitación del procedimiento mencionado el Consejo de Colegios de Abogados de Aragón interpuso recurso especial en materia de contratación en base a una serie de motivos que a continuación se describen.

La primera cuestión planteada es la adecuada calificación del contrato, dado que a juicio de los recurrentes la prestación requerida no se corresponde con un contrato de servicios de los sujetos al TRLCSP.

A juicio del Tribunal ninguna duda cabe en cuanto a la calificación del contrato como contrato de servicios de los regulados en el art. 10 TRLCSP. Los servicios jurídicos al sector público no tienen una regulación específica y se consideran, como los restantes contratos de servicios, prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o de un suministro. Como eso es así el Anexo II del TRLCSP clasifica dichos servicios como categoría 21.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, en su nueva regulación de esta tipología contractual determinó el carácter amplio y residual del contrato de servicios. De forma que si bien hasta ese momento se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y los de gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación en la actualidad resulta insuficiente este criterio de diferenciación, estando en presencia de un contrato de servicios cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. En consecuencia el Tribunal desestima el recurso de impugnación y confirma la calificación del contrato.

En relación con el segundo motivo de impugnación, que considera que nos encontramos ante uno de los supuestos de exclusión establecidos en el art. 10.d) de la Directiva 2014/24/UE, el Tribunal va a proceder nuevamente a su desestimación.

El Tribunal argumenta que el mencionado artículo de la Directiva no tiene efecto directo ya que sería aplicable la prohibición del efecto directo vertical descendente, de modo que no podrían ampararse los poderes adjudicadores en estas normas para eludir la obligación general de tramitar un procedimiento con publicidad y concurrencia. Todo ello en directa aplicación de los criterios contenidos en el Documento sobre «los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública.

Frente a las tesis de los recurrentes el Tribunal considera que la Resolución de 16 de marzo de 2016 de la Dirección General del Patrimonio del Estado no dice que los contratos de asesoramiento jurídico gratuito estén excluidos de aplicación de las normas de los contratos de servicios de la Directiva sino todo lo contrario. Los contratos de servicios jurídicos, entre los que se incluyen los de asesoramiento, están incluidos en los contratos de servicios salvo los enumerados en el art. 10.d) de la Directiva. En todo caso los recurrentes no indican el epígrafe de los enumerados en el art. 10.d) en el que a su juicio debe incluirse el asesoramiento jurídico gratuito e individualizado a mujeres que conlleve su exclusión. Al contrario, expresamente reconocen que no encaja la contratación controvertida en ninguna de las excepciones previstas en dicho artículo.

Por todo ello, al no estar excluidas por el art. 10.d), el Tribunal entiende que este tipo de actividades se encuentran incluidas dentro del Anexo de servicios contemplados en el art. 74 de la Directiva. Al tener dicha consideración, en aplicación del efecto directo de las Directivas, tendrán la consideración de contratos de servicios, sujetos a regulación armonizada, los que tengan un valor estimado al umbral comunitario y no únicamente los que teniendo un valor estimado superior a aquel umbral estén recogidos en las categorías 1 a 16 del Anexo del TRLCSP.

El tercer motivo de impugnación se fundamenta en que la prestación pretendida debe ser recanalizada por la vía de los convenios prevista en el art. 4 TRLCSP.

El Tribunal, tras destacar que el objeto de los convenios de colaboración a los que hace referencia el art. 4 TRLCSP no es el intercambio de prestaciones patrimoniales sino el desarrollo de una actividad en común, recuerda que el TRLCSP prevé que los convenios de colaboración no proceden cuando la prestación es una de las prestaciones comprendidas en el ámbito objetivo del mismo y tienen carácter oneroso. De forma que, tal como afirmó la STJUE de 13 de enero de 2005, el convenio no puede servir de instrumento para eludir las normas de contratación pública. En consecuencia no pueden considerarse susceptibles de un convenio de colaboración las prestaciones que incluyen el objeto de un contrato público de servicios de asesoramiento jurídico individualizado a mujeres, tal y como se definen en los pliegos de la licitación, por expresa prohibición del art. 4.1.c) y d) del TRLCSP.

Ciertamente los colegios profesionales integran la denominada Administración corporativa, y por ende tienen naturaleza pública, pero la mayor parte de sus actividades son de naturaleza privada y se encuentran sometidos como cualquier operador económico a las normas de contratación pública. Junto a ello no puede afirmarse que la prestación de los servicios jurídicos no está descrita como objeto de ningún contrato del sector público, al contrario lo está en el ámbito de aplicación de los contratos de servicios, y tampoco puede afirmarse que el contrato cuyos pliegos se recurren carezca de interés patrimonial. En consecuencia nos encontramos ante un contrato y procede por ello la desestimación del motivo de impugnación.

Como cuarto motivo de impugnación, los recurrentes consideran que se ha producido un cambio de criterio en relación con la adjudicación de este mismo contrato durante los años 2009 a 2015, en el que se entendió que se trataba de un contrato negociado sin publicidad, al amparo del art. 170.d) TRLCSP, al reconocerse que se trataba de una prestación que debía llevarse a cabo en exclusiva, en el marco del ordenamiento jurídico español, por los Colegios de abogados.

El Tribunal resalta inicialmente que no se puede argumentar, como se hace en el cuerpo del recurso, que no existe un contrato público de servicios y a continuación defender que es un supuesto al que se debe aplicar las normas del procedimiento negociado del art. 70 TRLCSP.

En todo caso, el art. 109.4 TRLCSP dispone que el expediente debe justificar adecuadamente la elección del procedimiento y de los criterios que se tendrán en cuenta para la adjudicación del contrato, destacando el Tribunal la trascendencia de dicha previsión. La justificación adecuada quiere decir que la adecuación del procedimiento debe probarse, demostrarse, explicarse o acreditarse con razones convincentes.

La adecuada elección del procedimiento de adjudicación de un contrato ha de tener en cuenta una serie de factores. En primer lugar que el procedimiento de licitación es un instrumento clave al servicio del fortalecimiento del mercado interior, por lo que los principios básicos de la adjudicación de los contratos, configurados por la jurisprudencia del TJUE, versan sobre la publicidad y transparencia así como la igualdad de trato o de oportunidades y la libertad de acceso a los procedimientos. En segundo lugar que la normativa española prevé ciertos supuestos, procedimiento negociado y diálogo competitivo, en los que la adjudicación se articula a través de procedimientos que modulan dichos principios, si bien la regla ordinaria será la utilización del procedimiento abierto o el restringido.

En consecuencia el procedimiento negociado debe considerarse como algo rigurosamente excepcional, previendo la ley su mera posibilidad no descartando en absoluto, aun concurriendo las circunstancias que lo permiten, la utilización de un procedimiento abierto o restringido. Corresponde la carga de la prueba de la concurrencia de las excepcionales circunstancias que habilitan su utilización a la Administración que deberá incorporar al expediente la justificación y acreditación de la exclusividad sin que sea suficiente una mera declaración responsable o certificado de exclusividad expedido por la propia empresa.

En consecuencia el Tribunal desestima el motivo de impugnación.

Por último, como justificación de la adjudicación del contrato mediante procedimiento negociado sin publicidad, los recurrentes aducen la aplicación de la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, en concreto la prestación de los servicios de asistencia letrada, defensa y representación gratuita, encomendadas a los Consejos Generales de la Abogacía.

El Tribunal entiende que el contrato objeto de licitación no se integra en el ámbito de aplicación de la mencionada Ley. Nos encontramos ante un servicio de asesoramiento jurídico que el Instituto Aragonés de la Mujer ofrece dentro

del ámbito de sus competencias, que en modo alguno interfiere con la asistencia letrada, defensa y representación gratuita. El contrato se presta en el marco de las competencias del IAM y se financia con cargo a sus recursos propios y no mediante la regulación regulada en la Ley 1/1996

Por ello desestima igualmente el motivo de impugnación.

C. **Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa**

a) **Informe 2/2016, de 25 de febrero. Posibilidad de considerar un negocio jurídico excluido de la legislación de contratos**

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Tauste solicita informe a la JCCA de la CA de Aragón sobre si la adquisición de la licencia corporativa y los servicios referidos a la herramienta Gestiona puede considerarse como negocio excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP.

El objeto de la herramienta sobre la que solicita informe es un servicio que proporciona una mercantil destinado a la gestión por medios electrónicos de los procesos administrativos y sus expedientes. Quien lo contrata accede al servicio mediante una licencia corporativa. El objeto del contrato no es la licencia, por lo que no es posible considerar que nos encontremos ante una propiedad incorporal, sino que la prestación es bien tangible, consiste en la adquisición de unos permisos para utilizar la aplicación de gestión electrónica de documentos, incluida en la categoría de servicios relativos a «Paquetes de software de gestión de documentos».

En consecuencia se trata de una prestación típica de servicios, de forma que el hecho de que para el acceso sea necesaria una licencia corporativa no altera su naturaleza, y por ende deben aplicarse las normas de contratación pública para poder proceder a su contratación.

Finalmente la Junta recuerda que incluso si el objeto contractual fuere la adquisición de un software a medida, tampoco nos encontraríamos ante un negocio excluido del TRLCSP, pues el art. 4.1.p) prevé expresamente su inclusión y lo califica como contrato de suministro o servicios.

b) **Informe 14/2016, de 20 de julio. Régimen de los contratos de servicios jurídicos.**

La presidenta de la empresa pública de la CA de Aragón Plataforma Logística de Zaragoza SA solicita informe a la Junta Consultiva sobre una serie de aspectos relativos a las exigencias de publicidad, duración, posibilidades de modificación y consecuencias del no envío del anuncio de adjudicación a la Comisión Europea en los contratos de servicios, consistentes en servicios jurídicos.

Inicialmente la Junta determina el régimen jurídico del contrato de servicios, y en particular las novedades introducidas por la Directiva 2014/14/UE y su incidencia en el mismo. En este sentido destaca que el incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva conlleva el efecto directo de aquellos preceptos que resulten claros, precisos e incondicionados. La Directiva introduce novedades, tales como la desaparición de la clasificación de los contratos de servicios en 27 categorías y con ello la dualidad de regímenes jurídicos en función de las mismas, o la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los contratos de servicios que no superan el umbral de 750.000 euros o que hayan sido excluidos por disposición expresa.

En concreto, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los servicios jurídicos que se especifican en su art. 10.d). A pesar del efecto directo de la Directiva, al tratarse de una disposición clara y precisa, la Junta entiende que en virtud de la prohibición del efecto directo vertical descendente, establecido por la Jurisprudencia del TJUE, no es posible incorporar a nuestro ordenamiento jurídico dicha exclusión, al producir un posible perjuicio a los particulares o alterar su estatuto jurídico, por lo que es necesario esperar para su aplicación a la efectiva transposición de aquella.

Respecto de los contratos de servicios jurídicos no afectados por dicha exclusión hay que distinguir entre ellos a los incluidos en la aplicación de un régimen simplificado, pero dicha previsión no resulta de aplicación directa por lo que habría que esperar para ello a su transposición al derecho nacional. Los restantes contratos de servicios jurídicos se encuentran sujetos a las disposiciones del art. 74 y ss. del TRLCSP.

En segundo lugar, en relación con la publicidad de estos contratos, dada la aplicación en los mismos de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos de adjudicación, resulta de aplicación la publicidad de las licitaciones en el perfil del contratante, instrumento por antonomasia de publicidad de las entidades que tienen la consideración de poder adjudicador, pero que no tienen la consideración de Administración Pública. Asimismo resulta de aplicación la obligación de cualquier poder adjudicador de publicar en la Plataforma de Contratos del Sector Público todo tipo de licitación. Dada la desaparición de la diferencia de régimen jurídico en función de la clasificación de los contratos de servicios, los contratos de servicios jurídicos si se consideran de regulación armonizada deberán publicarse asimismo en el DOUE desde el 18 de abril de 2016.

La incidencia de la Directiva también tiene reflejo sobre el trámite de formalización del contrato de forma que el anuncio de adjudicación deberá enviarse al DOUE, si el contrato está sujeto a regulación armonizada, en el plazo de 30 días a contar desde su formalización. Queda sin efecto el apartado 3 del art. 154

TRLCSP, que establecía la comunicación a la Comisión Europea en los supuestos de contratos que como los de servicios jurídicos, estaban incluidos en las categorías 17 a 27 y por ende no estaban nunca sujetos a regulación armonizada.

En tercer lugar, en relación con la duración de los contratos, la Junta recuerda la regla general de que los contratos de servicios no pueden tener un plazo de vigencia superior a cuatro años, no pudiendo exceder de seis años la duración total en los supuestos de previsión de prórrogas, y la previsión del art. 303.3 del TRLCSP de que los contratos de servicios jurídicos tendrán la duración precisa para atender adecuadamente las necesidades de defensa jurídica y judicial. La dificultad radica en definir el concepto «necesidades de defensa» y en dar cumplimiento a la prohibición de fraccionamiento del objeto del contrato.

A juicio de la Junta resulta fundamental la determinación previa y precisa de la naturaleza y extensión de las necesidades así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. En consecuencia los contratos de servicios deben integrar todas las prestaciones que sean precisas para alcanzar su fin.

Por ultimo, en relación con la modificación del contrato, su régimen jurídico no difiere de la modificación de cualquier otro contrato público, por lo que queda sujeto al régimen establecido en los arts. 105 a 108 del TRTLCSP. En consecuencia, solamente será posible la modificación del contrato de servicios jurídicos en el caso de que se hubiera previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de su modificación. Si esto fuese así, deberá tenerse en cuenta para el cálculo del valor estimado del contrato. En concreto la modificación de un contrato de esta tipología para extender su objeto a nuevas fases que se vayan produciendo en el mismo procedimiento, o para incluir los recursos posteriores contra la sentencia del procedimiento de cada instancia, no parece tener cabida ni tan siquiera en el concepto de «imprevisibilidad». Parece obvio que desde el momento en que se determina la necesidad de una prestación de este tipo, el objeto del contrato será el necesario en todas las fases del procedimiento judicial que se pretenda sustanciar, incluidos los eventuales recursos.

Bienes Locales

Eloy Colom Piazuelo

I. LEGISLACIÓN

En el año 2016 no se ha aprobado ninguna norma que regule sistemáticamente el régimen jurídico de los bienes locales en Aragón; y ello sin perjuicio de que se dé cuenta de la existencia de ciertas normas que pudieran tener interés desde el punto de vista patrimonial. A las mismas se aludirá a continuación en este apartado.

La primera norma que es preciso destacar es la **Ley 3/2016, de 4 de febrero, por la que se reforman los artículos 535 y 536 del Código del Derecho Foral de Aragón**. En dichos preceptos se regula la sucesión a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y el privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en materia de sucesiones.

En concreto, en el art. 535 citado se dice que en defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma. Y, posteriormente, en el mismo precepto se dice que previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el Municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.

Por lo que respecta al art. 536, en él se dice que en los casos previstos en el art. 535 mencionado, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia será llamado, con

preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes; previa declaración de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

La segunda norma que se ha aprobado es la **Ley 10/2016, de 1 de diciembre**, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón. Ley de la que interesa destacar el art. 20.4, en el que se dice que las Administraciones públicas aragonesas no podrán ejercer, en ningún caso, acciones de desahucio con las viviendas de titularidad pública en los casos en que afecten a personas o unidades de convivencia de buena fe y se encuentren en situación de especial vulnerabilidad.

Finalmente, se ha aprobado la **Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón**. Dicha Ley no regula propiamente el patrimonio local, aunque modifica parcialmente la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón; el Texto refundido de la Ley de Patrimonio de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón; la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón; y la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón. De estas últimas modificaciones únicamente se da cuenta por no referirse a los bienes locales. Asimismo, resulta de interés para el ámbito local la regulación contenida en el art. 21 sobre la tasa por ocupación o concesión del uso privativo del dominio público forestal de titularidad de la Comunidad Autónoma de Aragón.

También, se da cuenta de la aprobación del **Decreto Legislativo 1/2016, de 26 de julio**, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Turismo de Aragón.

II. **DOCUMENTACIÓN**

Durante el año 2016 es preciso dar cuenta de diversas actuaciones administrativas con incidencia en el patrimonio local.

Entre ellas cabe mencionar diversas autorizaciones para enajenar bienes locales. Puede mencionarse, por ejemplo, la Orden PRE/496/2016, de 12 de mayo, por la que se autoriza a la Entidad Local Menor de Gavín (Alto Gállego) para proceder a la enajenación, mediante licitación por pluralidad de criterios, de la parcela número 4 de la unidad de ejecución número 5, integrada en el patrimonio público del suelo (*BOA*, 6/6/2016); la Orden PRE/551/2016, de 24 de mayo,

por la que se autoriza al Ayuntamiento de la Almunia de Doña Godina (Valdejalón) para proceder a la enajenación mediante concurso/licitación por pluralidad de criterios, de parcelas sitas en el Polígono Industrial La Cuesta Sector 3 de propiedad municipal, integradas en el patrimonio público del suelo del Municipio (*BOA*, 14/6/2016); la Orden PRE/789/2016, de 8 de julio de 2016, del Consejero del Departamento de Presidencia, por la que se autoriza a la Entidad Local Menor de El Temple (Hoya de Huesca/plana de Uesca) para proceder a la enajenación por subasta pública de vivienda sita en plaza mayor número 7 (*BOA*, 1/8/2016); la Orden PRE/1428/2016, de 27 de septiembre, por la que se autoriza al Ayuntamiento de Val de San Martín (Campo de Daroca) para proceder a la enajenación mediante subasta de fincas rústicas de propiedad municipal (*BOA*, 21/10/2016); la Orden PRE/1552/2016, de 25 de octubre de 2016, por la que se autoriza al Ayuntamiento de Benabarre (La Ribagorza) para proceder a la enajenación por subasta pública de nueve parcelas de la Unidad de Actuación UA-8 del PGOU, Polígono Industrial de Benabarre, calificadas como bienes patrimoniales (*BOA*, 10/11/2016); o la Orden PRE/1777/2016, de 22 de noviembre, por la que se autoriza al Ayuntamiento de Aniñón para proceder a la enajenación, mediante licitación por pluralidad de criterios, de trece parcelas sitas en el Polígono Industrial integradas en el Patrimonio Público del Suelo del Municipio (*BOA*, 21/12/2016).

Además, puede hacerse referencia a cesiones de bienes demaniales entre la Comunidad Autónoma y las Entidades locales. Puede citarse, por ejemplo, la Orden VMV/1479/2016, de 11 de octubre, por la que se publica el acuerdo adoptado por el Gobierno de Aragón en su reunión de 26 de enero de 2016, por la que se entrega al Ayuntamiento de Canal de Berdún el tramo de la carretera HU-203 comprendido entre la N-240 y el centro del núcleo urbano de dicha población por haber adquirido la condición de «vía exclusivamente urbana» (*BOA*, 28/10/2016); o la Orden VMV/361/2016, de 14 de abril, por la que se publica el acuerdo adoptado por el Gobierno de Aragón en su reunión del día 5 de abril de 2016, por la que se entrega al Ayuntamiento de Zaragoza el tramo urbano de la antigua carretera Z-890, por haber adquirido la condición de «vía exclusivamente urbana» (*BOA*, 28/4/2016). O, por ejemplo, es posible mencionar el Decreto 55/2016, de 17 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la mutación demanial, por cambio de sujeto, a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, de un terreno sito en el Barrio de Valdespartera de Zaragoza, para la ubicación de un Instituto de Educación Secundaria (*BOA*, 27/5/2016); el Decreto 103/2016, de 12 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la mutación demanial, por cambio de sujeto, a favor del Instituto Aragonés del Agua, de una parcela situada en el término municipal de Ejea de los Caballeros con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio

(*BOA*, 22/7/2016); el Decreto 143/2016, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la mutación demanial, por cambio de sujeto, a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, de un terreno sito en Huesca, para infraestructuras de justicia (*BOA*, 6/10/2016); el Decreto 144/2016, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la mutación demanial, por cambio de sujeto, a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, de un terreno sito en Huesca, para infraestructuras de sanidad (*BOA*, 6/10/016); Decreto 169/2016, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión gratuita a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, de un terreno sito en Villanueva de Gállego, para la ubicación de un Instituto de Educación Secundaria (*BOA*, 1/12/2016); o el Decreto 185/2016, de 20 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión a favor del Instituto Aragonés del Agua, de una parcela situada en el término municipal de Valderrobres con destino a una planta de tratamiento de purín (*BOA*, 28/12/2016). Y, específicamente, también cabe destacar el Decreto 170/2016, de 22 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la mutación demanial, con cesión de la titularidad a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón, del camino vecinal de acceso al castillo de Loarre, para su incorporación a la Red Local Autonómica Aragonesa (*BOA*, 1/12/2016).

Además, se han realizado diversas aceptaciones de bienes, sin especificar su naturaleza. Pueden mencionarse, por ejemplo, el Decreto 74/2016, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión gratuita de un derecho de superficie constituido por el Ayuntamiento de Zaragoza sobre una finca sita en el Polígono Actur Puente de Santiago para la ubicación de un Centro de Salud (*BOA*, 24/6/2016); el Decreto 101/2016, de 12 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión a favor del Instituto Aragonés del Agua, de una parcela situada en el término municipal de Gea de Albarracín con destino al servicio de depuración de aguas residuales del municipio (*BOA*, 22-7-2016); el Decreto 102/2016, de 12 de julio, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión a favor del Instituto Aragonés del Agua, de una parcela situada en el término municipal de Ibdes con destino al servicio de depuración de aguas residuales de los municipios de Ibdes y Jaraba (*BOA*, 22/7/2016); el Decreto 120/2016, de 30 de agosto, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la concesión, por el Ayuntamiento de Sabiñánigo, del uso de una superficie de 496,84 metros cuadrados, en el antiguo Cuartel de Gravelinas (Pirenarium), para destinarlo a la ampliación del Laboratorio de análisis físico-químico de Bailí (*BOA*, 8/9/2016); o el Decreto 142/2016, de 27 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la cesión gratuita de la cuota de propiedad que ostenta el Ayuntamiento de Huesca sobre el inmueble conocido como «Casa Aisa» (*BOA*, 6/10/2016)

También pueden aludirse a los convenios entre varias Administraciones para el uso de bienes públicos. Pueden mencionarse, por ejemplo, la Orden PRE/92/2016, de 10 de febrero, por la que se dispone la publicación del convenio de colaboración entre el Instituto Aragonés de la Mujer y la Comarca de Cinco Villas, para la gestión de un inmueble destinado a vivienda tutelada para mujeres en proceso de integración social (*BOA*, 24/2/2016); o la Orden PRE/114/2016, de 16 de febrero, por la que se dispone la publicación del convenio de colaboración entre el Instituto Aragonés de la Mujer y el Ayuntamiento de Calatayud, para la gestión de un inmueble destinado a vivienda tutelada para mujeres en proceso de integración social (*BOA*, 1/3/2016).

Además, pueden mencionarse diversos acuerdos de autorización para la desafectación parcial de bienes comunales. Entre ellos es posible hacer referencia, por ejemplo, a la Orden PRE/356/2016, de 5 de abril, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Tauste (Cinco Villas) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 3-25-01 hectáreas de paraje denominado «Puy Ovil» para su posterior cesión (*BOA*, 28/4/2016); la Orden PRE/357/2016, de 12 de abril, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Tauste (Cinco Villas) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 2-04-50 hectáreas de finca denominada «Dehesa o Corraliza La Estanca», paraje denominado «Saso de Mira» para su posterior cesión (*BOA*, 28/4/2016); la Orden PRE/847/2016, de 15 de julio de 2016, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Orrios (Comunidad de Teruel) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a una superficie de 3,42 hectáreas de la parcela 68 del polígono 15 para su posterior transmisión mediante permuta (*BOA*, 11/8/2016); la Orden PRE/994/2016, de 3 de agosto, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Tauste (Cinco Villas) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 4-81-68 hectáreas del paraje denominado «Paridera de Chaneto» para su posterior cesión (*BOA*, 5/9/2016); la Orden PRE/1202/2016, de 12 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón que aprueba la desafectación de un bien comunal del Ayuntamiento de Tauste (Cinco Villas) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 3-47-97 hectáreas del paraje denominado «Las Fuesas» para su posterior cesión (*BOA*, 27/9/2016); la Orden PRE/1203/2016, de 12 de septiembre, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Torrelacárcel (Comunidad de Teruel) y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a una superficie de 5,4334

hectáreas de la parcela 4 del polígono 4 para su posterior transmisión mediante permuta (*BOA*, 27/9/2016); y la Orden PRE/1834/2016, de 29 de noviembre, por la que se publica el Acuerdo del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la desafectación de bien comunal del Ayuntamiento de Tauste y su calificación como bien patrimonial, correspondiente a 2-85-46 hectáreas en paraje denominado «Bodegones» para su posterior cesión (*BOA*, 16/12/2016)

Finalmente y en relación con los montes catalogados locales, se ha publicado la Resolución de 14 de marzo de 2016, del Servicio Provincial de Desarrollo Rural y Sostenibilidad de Teruel, por la que se dispone la publicación de las variaciones producidas en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública de la provincia de Teruel durante el año 2015 (*BOA*, 7/4/2016). Y en relación con los planes de aprovechamientos forestales se han publicado la Resolución de 13 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Gestión Forestal, Caza y Pesca, por la que se aprueba el plan anual de aprovechamientos del año 2017, en montes propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, montes de utilidad pública y montes consorciados, administrados por el Gobierno de Aragón en la provincia de Zaragoza (*BOA*, 4/1/2017); la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Gestión Forestal, Caza y Pesca, por la que se aprueba el plan anual de aprovechamientos del año 2017, en montes propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, montes de utilidad pública y montes consorciados, administrados por el Gobierno de Aragón en la provincia de Teruel (*BOA*, 21/1/2017); y la Resolución de 21 de diciembre de 2016, de la Dirección General de Gestión Forestal, Caza y Pesca, por la que se aprueba el plan anual de aprovechamientos del año 2017, en montes propios de la Comunidad Autónoma de Aragón, montes de utilidad pública y montes consorciados, administrados por el Gobierno de Aragón en la provincia de Huesca (*BOA*, 21/1/2017).

Y en relación con los montes catalogados locales concretos, se ha publicado la Orden DRS/809/2016, de 7 de julio, por la que se aprueba el amojonamiento total del monte de utilidad pública número 366 de los de la provincia de Zaragoza, y número Z-1057 del elenco de montes propios de la Administración Forestal, denominado «La Tonda», propiedad de la Comunidad Autónoma de Aragón y sito en el término municipal de Talamantes (*BOA*, 4/8/2016); la Orden DRS/944/2016, de 18 de julio, por la que se aprueba el deslinde total administrativo del monte 61 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Las Encebras y Las Cambrillas», perteneciente al Ayuntamiento de Aliaga (Teruel) y situado en su término municipal (en el barrio de Cirugeda) (*BOA*, 25/8/2016); o la Orden DRS/1568/2016, de 7 de octubre, por la que se aprueba el deslinde total administrativo del monte 235 del Catálogo de Utilidad Pública de la provincia de Teruel, denominado «Montes Blancos», perteneciente al Ayuntamiento de Perales del Alfambra y situado en su término municipal (*BOA*, 10/11/2016).

Tributos y presupuestos

Joaquín Álvarez Martínez
Ismael Jiménez Compaired

I. LEGISLACIÓN

Dentro del apartado correspondiente a las novedades normativas referentes a la Comunidad Autónoma de Aragón, hemos de advertir que las Leyes 1/2016, de 28 de enero, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 2016 y 2/2016, de la misma fecha, dada su implicación con el ejercicio 2016 y la posibilidad de hacerlo, fueron comentadas en el antecedente informe correspondiente al año anterior. Las normas que afectan a la materia aquí examinada –y que, por ello, deben ser objeto de comentario en las páginas sucesivas– son de rango mínimo, en un ejercicio no caracterizado por el éxito de las iniciativas. La única que podría escaparse de esta idea sería la Ley 7/2016, de 3 de noviembre, de reducción de la pobreza energética, si bien su relación con la hacienda local es más bien mediata. Nos referimos a ellas, efectuando algún comentario si es necesario:

1. Resolución de 30 de diciembre de 2015, del Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón, por la que se dispone la publicación de la Instrucción 3/2015, de 29 de diciembre, por la que se regulan la rendición telemática de la cuenta general de las entidades locales y el formato de dicha cuenta, a partir de la correspondiente al ejercicio 2015 (*BOA*, 10, de 18 de enero)

Como es sabido, las Entidades Locales aragonesas, deben rendir sus cuentas anuales tanto al Tribunal de Cuentas como a la Cámara de Cuentas de Aragón.

A los efectos de su fiscalización, la Ley reguladora de la Cámara de Cuentas de Aragón, establece que las Entidades Locales deben presentar sus cuentas a la Cámara antes del 15 de octubre del año siguiente al que correspondan las cuentas rendidas.

A estos efectos, resulta precisa la aprobación por el Tribunal de Cuentas y por los órganos de Control Externo de nuevas Instrucciones que regulen el soporte informático a aplicar a las Cuentas Generales a partir del ejercicio 2015 y el procedimiento para la rendición de cuentas de las Entidades Locales, exigencia esta que, en lo que concierne a la Cámara de Cuentas Aragonesa, se cumple a través de la Instrucción a la que ahora se hace mención.

2. Resolución de 28 de enero de 2016, del Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón, por la que se dispone la publicación del Programa de Fiscalización para el año 2016 de la Institución (*BOA*, 28, de 11 de febrero)

La Cámara de Cuentas de Aragón viene obligada, tal como se dispone en el art. 5 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, a aprobar «cada año un programa de fiscalización».

La Resolución que ahora se comenta procede a la publicación del referido Programa, en el cual se prevén, entre otros aspectos, la realización de un Informe de Fiscalización de las cuentas del ejercicio 2015 de la Diputación Provincial de Zaragoza, de tres Comarcas Aragonesas (Ribagorza, Campo de Borja y Andorra-Sierra de Arcos) y del Ayuntamiento de Caspe.

3. ORDEN HAP/201/2016, de 22 de febrero, por la que se publican los textos refundidos actualizados en materia de tributos cedidos, tasas e impuestos medioambientales

Su carácter no innovador nos excusa de cualquier comentario.

4. Ley 7/2016, de 3 de noviembre, de reducción de la pobreza energética (*BOA*, 218, de 11 de noviembre)

Como su propio nombre indica, el objetivo principal de esta norma está en el ámbito del acceso a la energía –electricidad, gas natural– por parte de los colectivos más desfavorecidos. Lo que situaría la norma fuera de los escenarios propios de la hacienda local que nosotros trabajamos.

Sin embargo, a poco que se profundice en la ley –no hay más que ver su exposición de motivos– se descubre que no le es ajeno a nuestro legislador el

acceso de los ciudadanos al agua. En efecto, el art. 2 de la Ley define la pobreza energética como «aquella situación de dificultad en la que se encuentra una persona o unidad de convivencia en la Comunidad Autónoma de Aragón para hacer frente al pago del consumo energético con el que satisfacer sus necesidades domésticas básicas, lo que conlleva una falta de acceso normalizado a los servicios básicos de electricidad, gas y agua». Aunque la Ley comienza su parte realmente dispositiva tratando de ayudas al pago de las facturas del consumo energético y del procedimiento para evitar la suspensión del suministro de energía o restablecerlo (arts. 4 y 5), observamos cómo el art. 6 hace referencia a los suministradores de agua, que, con frecuencia, son entidades locales que cobran tasas a los ciudadanos. Ahí reside nuestro interés inmediato. El art. 6 (Cooperación con las empresas suministradoras) dice lo siguiente:

> «1. Las administraciones públicas establecerán los acuerdos o convenios necesarios con los suministradores *de agua potable*, de gas y de electricidad para el desarrollo de estas medidas para evitar la pobreza energética y apoyar a las familias en situación de vulnerabilidad energética.
>
> 2. Para evitar la interrupción del suministro por falta de recursos económicos de las personas o unidades de convivencia en situación de riesgo de emergencia social, se fomentará la concesión de ayudas o la aplicación de descuentos en el coste de los consumos mínimos.
>
> 3. El suministrador de los servicios básicos *de agua potable*, gas y de electricidad informará a los usuarios, en cualquier aviso o comunicación que haga referencia a la falta de pago del servicio, de las previsiones relativas a la pobreza energética establecidas en esta ley.»

El art. 8 (Plan de medidas de eficiencia energética), para finalizar, advierte que «Estas medidas estarán destinadas a promover el cambio en los hábitos de consumo y, especialmente, el ahorro energético que permitirá reducir el consumo y, por lo tanto, el coste de la factura de electricidad, *agua* y gas en los hogares en situación de vulnerabilidad».

II. **JURISPRUDENCIA**

En cuanto a sentencias relevantes de tribunales de jurisdicción nacional que afecten a las entidades locales aragonesas no hemos hallado ninguna noticiosa en 2016.

Al menos sí hemos encontrado un buen número de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón desde la redacción del anterior anuario, fechadas por tanto desde finales de 2015 y en 2016 y publicadas en las bases de datos al uso que afecten a las haciendas locales aragonesas.

Las clasificaremos en los siguientes grupos: (1) IBI, (2) tasas y otras contraprestaciones por servicios públicos de competencia local o bien por la utilización del dominio público local, (3) presupuesto y gasto público, y (4) obligaciones fiscales de las entidades locales

1. **IBI**

El **TSJ de Aragón**, mediante **sentencia de 9 de diciembre de 2015** (**JT 2016 19**) resuelve otra vez un asunto relativo a la sujeción o no al IBI de los inmuebles de la Seguridad Social transferidos a otras Administraciones Públicas, asunto sobre el que hemos efectuado comentarios en otras ocasiones. La adscripción no modifica la titularidad dominical, y siendo la Seguridad Social sujeto pasivo, procede el gravamen por este impuesto.

En efecto, la sala de Zaragoza estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Zaragoza frente a una Sentencia de un Juzgado contencioso-administrativo de Zaragoza en la que se anulaban diversas liquidaciones giradas en concepto de IBI por dicho Ayuntamiento a la Tesorería General de la Seguridad Social.

En concreto, el objeto debatido queda centrado, como acaba de señalarse, en la determinación de quién es el sujeto pasivo del IBI en los casos en que la referida Seguridad Social cede inmuebles de su titularidad a otras Administraciones Públicas (en el caso enjuiciado, la Comunidad Autónoma de Aragón).

A estos efectos, el Tribunal recuerda que, de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se prevé la obligación de las Administraciones o Entidades de Derecho público de asumir *por subrogación* el pago de las obligaciones tributarias que afecten a los inmuebles que conforman el patrimonio de la Seguridad Social cuando dichos inmuebles hayan sido trasferidos a las mismas, pudiendo incluso la Seguridad Social, en caso de incumplimiento de dicha obligación, dirigirse al Ministerio de Hacienda a los efectos de que proceda a la retención de los recursos que procedan a los sujetos obligados a efectuar los referidos pagos.

Partiendo de dicha previsión, el TSJ aragonés concluye, con toda lógica, que si bien no hay duda de a quién corresponde, en último extremo, la obligación de asumir y soportar el gasto en concepto de IBI en estas situaciones, tampoco lo hay de que ello no modifica la titularidad dominical de los inmuebles en cuestión, que sigue recayendo en la Seguridad Social, debiendo ser esta, en consecuencia, quien, en su calidad de sujeto pasivo, haga frente, en un primer instante, al pago de las liquidaciones correspondientes al citado Impuesto, sin perjuicio del posterior reintegro por parte de la entidad pública cesionaria.

De otra parte, la **Sentencia del TSJ de Aragón de 10 de febrero de 2016** (**JUR 2016/90073**) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Entidad mercantil frente a diversos acuerdos de notificación del valor catastral de fincas urbanas por parte de la Gerencia Regional del catastro de Aragón.

En este sentido, la referida Gerencia había procedido a asignar un valor catastral a determinadas fincas sobre la base de considerar a las mismas como suelos de naturaleza urbana, calificación de la que discrepa la Entidad recurrente por entender que las mismas constituyen, en puridad, suelo urbano no consolidado (destinado a uso residencial).

Siendo esto así, la sala de Zaragoza –tras llevar a cabo el examen del expediente y efectuar una distinción de los diferentes tipos de suelos a efectos urbanísticos– procede a dar la razón al recurrente, concluyendo que los inmuebles objeto del presente supuesto tienen, en efecto, la naturaleza de suelo urbano no consolidado, por lo que su desarrollo resulta condicionado a la aprobación del respectivo planeamiento, con todas las consecuencias económicas que de ello se derivan.

Finalmente, la **Sentencia del TSJ de Aragón de 13 de mayo de 2016** (**JUR 2016/188608**) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Entidad mercantil frente a diversas liquidaciones del referido Impuesto en relación a determinados inmuebles.

A este respecto, la Entidad mercantil recurrente ya había procedido a recurrir, en su momento, las liquidaciones practicadas en concepto de dicho Impuesto, al haber sido calificados los inmuebles en cuestión de modo incorrecto, otorgándoseles una naturaleza distinta a que les correspondía –esto es la de Bienes Inmuebles de Características Especiales (BICES)–.

Pues bien, sobre la base de su verdadera naturaleza –la de BICES–, y una vez fijado el nuevo valor catastral de los referidos inmuebles, se procedió a dictar unas nuevas liquidaciones –objeto de la presente impugnación–, cuyo importe resultaba superior a las inicialmente giradas conforme a la primera calificación otorgada erróneamente a los citados inmuebles.

A la vista de lo anterior, el TSJ entiende que se ha producido un agravamiento de la situación del recurrente como consecuencia de los diferentes recursos presentados, lo que constituye un indudable supuesto de *reformatio in peius*, circunstancia que determina la estimación del recurso interpuesto por la entidad mercantil recurrente.

2. Tasas y otras contraprestaciones por servicios públicos de competencia local o bien por la utilización del dominio público local

Nos referimos en primer lugar a la **Sentencia del TSJ de Aragón de 9 de octubre de 2015** (**JUR 2015/301477**), que estima el recurso contencioso-adminis-

trativo interpuesto por Vodafone frente a la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Graus reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

A estos efectos, el referido Tribunal recuerda la obligatoriedad de que los acuerdos adoptados por las corporaciones locales para el establecimiento de tributos deban exponerse en el tablón de anuncios de la Entidad durante, al menos, treinta días (art. 17.1 LHL), requisito este que no se cumple en el caso presente, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la Ordenanza impugnada

De otra parte, la **Sentencia del TSJ de Aragón de 16 de septiembre de 2015** (**JUR 2015/301775**) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ORANGE frente a la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Graus reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público local a favor de las empresas explotadoras de servicios de telefonía móvil.

El referido Tribunal no hace sino recordar la abundante jurisprudencia existente en esta materia –dictada, entre otros, por el TJUE y nuestro TS– y en virtud de la cual se recuerda que los operadores de telefonía móvil no tienen que pagar tasa alguna por el concepto ahora examinado cuando, no siendo titulares de las redes correspondientes, lo sean de los derechos de uso de las mismas. Dicho de otro modo: que los referidos operadores no estarán obligados a realizar el referido pago cuando se limiten a utilizar, a los efectos indicados, las instalaciones de terceros.

Finalmente, la **sentencia del TSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2015** (**JUR 2015 302529; NR 6/2013**) da la razón a la Entidad Urbanística que sostiene que está gravada doblemente al abonar los usuarios participantes de esta la tasa derivada de la prestación del servicio de abastecimiento de agua y sostener los gastos de mantenimiento y conservación, habiendo solicitado una reducción proporcional. Dice la sala que si la Entidad Urbanística durante un periodo temporal, presta el servicio de abastecimiento de agua, al menos se hace cargo de los costes fijos de parte del servicio de abastecimiento de agua, por lo que es claro que el Ayuntamiento como gestor de este servicio, no puede además cobrar en su totalidad la tasa como si prestase el servicio, como si no existiese el compromiso de mantenimiento y conservación del mismo. Añade que esta actuación conlleva un doble pago contrario al art. 33 de la Constitución y al art. 20 del TRLHL. No es preciso ni impugnar indirectamente la Ordenanza, ni considerar que esto puede ser una bonificación. Lo que ocurre es que no concurre el hecho imponible de la tasa, pues no se presta en su totalidad el servicio, por lo tanto debe liquidarse con corrección tal y como solicita la actora.

3. Presupuesto y gasto público

La **Sentencia del TSJ de Aragón de 21 de octubre de 2015** (**RJCA 2015/923**) estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Ayuntamiento de Ontinar del Salz frente al acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Zuera, por el que se aprobó, con carácter definitivo, el Presupuesto de dicho Ayuntamiento para el ejercicio de 2012.

A estos efectos, el referido Tribunal aborda un problema bien conocido cual es la determinación de las cantidades que debe percibir el Ayuntamiento de Ontinar, las cuales deben figurar en el Presupuesto anual del Ayuntamiento de Zuera y que se calculan sobre la base de las previsiones recogidas en un Convenio firmado por ambas entidades locales el 1 de enero de 1996 (algunas de cuyas cláusulas seguían vigentes, con ciertas adaptaciones, a pesar de que dicho Convenio fue denunciado en el año 2004)

Siendo esto así, el Tribunal aragonés, y examinando las referidas cláusulas, así como los informes del Interventor del Ayuntamiento de Zuera, termina otorgando la razón a la entidad recurrente.

4. Obligaciones fiscales de las entidades locales

La **sentencia del TSJ de Aragón de 4 de noviembre de 2015** (**JUR 2016 23567**) trata de la cuantificación del canon de saneamiento una vez que la administración autonómica constata las deficiencias llevadas a cabo por la entidad suministradora –un municipio– en cuanto a la repercusión del mismo. La autoridad autonómica abrió un procedimiento de comprobación limitada y empleó la estimación indirecta de bases imponibles. Ejemplo paradigmático de cómo se han llevado las cosas en Aragón, se constata que la entidad suministradora no había presentado las declaraciones ni había autoliquidado los importes percibidos, reconociendo expresamente no haber facturado el canon, a excepción de en 2011 que se cobra un «fijo mínimo» mensual por vivienda o establecimiento, sin que se haya efectuado ingreso. Asimismo, la alegación presentada por el Ayuntamiento relativa a la falta de contadores no justifica en modo alguno la no facturación del canon de saneamiento a los abonados del servicio y ello porque, conforme a lo dispuesto en la normativa, de no existir contadores el consumo gravado por el canon se estimará a razón de 400 litros por abonado y día (equivalente a 146 metros cúbicos anuales). Se alegaba asimismo que debía aplicarse una exención, dado el número de habitantes del municipio y que las residuales no eran servidas a red de alcantarillado en funcionamiento. Y se pone de manifiesto que la fórmula de licitación de la depuradora es contraria a la competencia municipal. Los muchos cambios en la normativa aragonesa referida a las condiciones de los municipios con deficiente depuración pueden llevar a con-

fusión, pero, desde luego, un municipio como Bielsa –en el que las residuales se vierten a una red de alcantarillado pública queda sometido al impuesto autonómico. La exención hubiera sido aplicable si no se hubiese licitado el contrato para la construcción de la instalación, lo que no se da en el caso del Ayuntamiento de Bielsa.

III. **OTROS DOCUMENTOS**

Damos cuenta en este apartado de los **informes de fiscalización de órganos de control externo** que pueden interesar a las entidades locales aragonesas y que pueden consultarse con facilidad en los sitios web de los respectivos órganos.

En cuanto a los Informes emitidos por parte de la Cámara de Cuentas Aragonesa, resultan de interés los siguientes:

- el Informe de Fiscalización del Sector Público Local Aragonés. Ejercicio 2014 (t. I y II).
- el Informe de Fiscalización de la Diputación Provincial de Huesca. Ejercicio 2014 (t. I y II).
- el Informe de Fiscalización del Ayuntamiento de Teruel. Ejercicio 2014 (t. I y II).

IV. **BIBLIOGRAFÍA**

Si bien los libros, capítulos de libros y artículos en revistas que inciden en la hacienda local son muy numerosos, no es frecuente hallar material que afecte a la situación específica de Aragón, por lo que únicamente daremos cuenta del siguiente, dado que penetra en el Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas de Aragón, concepto que se convierte en obligación fiscal específica de muchas entidades locales de nuestra Comunidad Autónoma:

JIMÉNEZ COMPAIRED, Ismael (2016): *Los impuestos sobre el vertido de aguas residuales*, Aranzadi.

Medio Ambiente

Antonio Eduardo Embid Tello

I. LEGISLACIÓN

1. Ley 2/2016, de 28 de enero, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón (*BOA*, 22, de 3 de febrero de 2016)

La Ley de Medidas Fiscales y Administrativas aragonesa de 2016 recoge diversas modificaciones legales en materia de Desarrollo Rural y Sostenibilidad.

En primer lugar, se modifica la Ley 10/2013, de 19 de diciembre, del Instituto Aragonés de Gestión Ambiental en la denominación de determinados procedimientos y se clarifica la delimitación de competencias entre el Instituto y los órganos integrados en la estructura del Departamento. Así, por ejemplo, se aclara que no corresponde al INAGA la tramitación y emisión de informes ambientales cuando estos se promuevan, desarrollen o autoricen por los órganos del Departamento de medio ambiente (art. 41).

Se modifica en segundo lugar la Ley 10/2005, de 11 de noviembre, de vías pecuarias de Aragón (art. 42) para adecuar el plazo máximo de las ocupaciones temporales al establecido en la legislación urbanística, reduciendo así trámites repetidos en un breve periodo de tiempo. La duración pasa de 5 a 10 años, con posibilidad de renovación (art. 31.1 Ley 10/2005), y se introduce un régimen transitorio para aquellas ocupaciones vigentes, cuyo plazo pasa a ampliarse igualmente a 10 años, previéndose la comunicación de esta circunstancia a los titulares (disposición transitoria segunda).

En tercer lugar, se modifica la Ley 9/2006, de 30 de noviembre, de Calidad Alimentaria de Aragón (art. 43), introduciendo varias modificaciones menores

destinadas a adaptarla a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado y a la Ley 6/2015, de 12 de mayo, de Denominaciones de Origen e Indicaciones Geográficas Protegidas de ámbito territorial supraautonómico.

En cuarto lugar, la Ley de medidas procede a la modificación de la Ley 10/2014, de 27 de noviembre, de Aguas y Ríos de Aragón (art. 44), para incluir entre las competencias del Instituto Aragonés del Agua el control de vertidos (art. 19.2.b).5º) y la clasificación de presas, embalses y balsas (art. 19.2.d).6º). También se pretende evitar la contradicción existente en su art. 24, en la consideración de los bienes cedidos al Instituto a título gratuito por entidades locales, diciéndose que «tales bienes no variarán su calificación jurídica original y no podrán ser incorporados a su patrimonio, ni enajenados o permutados por el Instituto Aragonés del Agua» (art. 24.3).

En quinto lugar, se modifica la Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón (art. 45) para dar cumplimiento al Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado. En ese sentido, se regulan expresamente los supuestos de evaluación ambiental estratégica del planeamiento urbanístico, para adaptarlos a la normativa básica estatal.

En sexto lugar, se modifica el Texto Refundido de la Ley de Espacios Protegidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2015, de 29 de julio, del Gobierno de Aragón (art. 46) para establecer el silencio administrativo negativo de algunas solicitudes de usos o actividades sobre espacios naturales. En particular, se establece el silencio negativo para las solicitudes de autorización de usos y actividades en espacios regulados por Planes de ordenación de recursos naturales (art. 31) y por planes rectores de uso y gestión (art. 40), ambos de competencia del INAGA. En ambos casos se afirma que el silencio negativo lo es sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente.

En séptimo lugar, se modifica la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón (art. 47), estableciendo que se promoverá anualmente medidas destinadas a alcanzar una estabilidad laboral de doce meses en las cuadrillas forestales y de espacios naturales protegidos.

2. Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón (*BOA*, 225, de 20 de noviembre de 2015)

Esta norma responde a la previsión contenida en la Disposición final primera de la Ley 8/2014, de 23 de octubre, de modificación de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón, por la que se preveía la refundición en el plazo de un año

de las disposiciones legales aragonesas en materia de ordenación del territorio. Se refunden la Ley 4/2009, de 22 de junio, de Ordenación del Territorio de Aragón, el Acuerdo del Gobierno de Aragón de 8 de febrero de 2011 por el que se modifica el anexo de la Ley 4/2009, la Ley 8/2011, de 20 de marzo, de medidas para compatibilizar los proyectos de nieve con el desarrollo sostenible de los territorios de montaña y la citada Ley 8/2014, de 23 de octubre, todas las cuales quedan derogadas (disposición derogatoria única).

Los objetivos de la Ley son **a**) establecer condiciones de calidad de vida equivalentes para todos los habitantes de la Comunidad Autónoma, **b**) promover el desarrollo sostenible compatibilizando la protección del patrimonio natural y cultural con la competitividad económica, y **c**) asignar racionalmente los usos del suelo en función de las aptitudes del medio físico y de las necesidades de la población (art. 2).

La Ordenación del Territorio se define como una función pública de competencia autonómica, y en particular, la competencia se asigna a la Comisión Delegada de Gobierno para la Política Territorial, el Departamento de Ordenación del Territorio, el Consejo de Ordenación del Territorio de Aragón y el Instituto Geográfico de Aragón (art. 6), los cuales están sometidos a un mandato general de coordinación (art. 11). Asimismo, se promueve la coordinación de las entidades locales mediante la constitución de comisiones bilaterales y conferencias sectoriales (art. 12).

La Ley regula los distintos instrumentos de planeamiento territorial (Título II): la Estrategia de Ordenación Territorial de Aragón (Capítulo I), de naturaleza reglamentaria y aprobada por el Gobierno, las Directrices de Ordenación Territorial (Capítulo II), para ordenación comarcal o zonas delimitadas y para la ordenación de determinadas actividades económicas o administrativas o de elementos relevantes del sistema territorial. Se flexibiliza el procedimiento de aprobación de la Estrategia de Ordenación Territorial y se establece como instrumento jerárquicamente superior al resto de instrumentos de planificación, al obligar a estos a adaptarse al contenido de esta. Se prevé la posibilidad del Gobierno de Aragón de suspender total o parcialmente cualquier instrumento urbanístico, con los límites establecidos en el art. 25. Asimismo, se prevé la posibilidad de que los instrumentos de ordenación territorial determinen qué proyectos o actividades deben ser sometidos al procedimiento de evaluación de impacto ambiental por razón de su previsible impacto territorial (Disposición adicional 3ª).

Asimismo, se regulan los instrumentos de gestión territorial (Título III): los Programas de Gestión Territorial (Capítulo I) y los instrumentos especiales (Capítulo II), entre los que se incluyen los Planes y Proyectos de Interés General de

Aragón. Para estos, se regula el procedimiento de declaración de interés general (arts. 35 y 36) y se unifica la tramitación de los planes o proyectos definitivos (art. 41 y ss.), que hasta ahora estaba compartida con la legislación urbanística.

Se establecen los instrumentos de información territorial (Título IV), especialmente el Sistema de Información Territorial (Capítulo I) los Documentos Informativos Territoriales (Capítulo II), y los instrumentos complementarios (Título V), como el Dictamen Autonómico sobre los Planes y Proyectos del Estado y el Informe Territorial sobre Planes, Programas y Proyectos. En cuanto a este último, compete a los ayuntamientos recabar informe territorial del Departamento competente respecto a los planes generales de ordenación urbana y sus revisiones. Dicho informe se extiende sobre la coherencia del plan urbanístico con la política territorial aragonesa y ha de ser emitido en dos meses, con silencio positivo (art. 64).

Finalmente, el Título VI regula la tutela del paisaje conforme al Convenio de Florencia de 2000, que España ratificó en 2007. Conforme a este Convenio, se define paisaje de manera amplia como cualquier parte del territorio tal como la percibe la población cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales o humanos (art. 68.2). Se incorporan los Mapas de Paisaje (cap. II) como documentos de carácter descriptivo, analítico y prospectivo que identifican los paisajes, analizan sus características y las fuerzas y presiones que los transforman, identifican sus valores y estado de conservación y proponen los objetivos de calidad paisajística que deben cumplir (art. 72) y se llama a la integración de los objetivos de la tutela paisajística en el resto de políticas públicas (art. 70).

3. Decreto-Ley 2/2016, de 30 de agosto, de medidas urgentes para la ejecución de las sentencias dictadas en relación con los concursos convocados en el marco del Decreto 124/2010, de 22 de junio, y el impulso de la producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en Aragón (*BOA*, 168, de 31 de agosto de 2016)

Mediante esta norma se ordena la ejecución de las numerosas sentencias recaídas sobre implantación de nuevos proyectos de producción de energía de origen eólico en Aragón (hasta 34 sentencias del TSJ de Aragón favorables a los recursos interpuestos por las empresas del sector), resolviendo así la paralización a que el sector se vio sometido desde la aprobación del Decreto 124/2010, de 22 de junio, por el que se regulan los procedimientos de priorización y autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de la energía eólica en Aragón, que esta norma deroga. Igualmente, se incorpora al Ordena-

miento aragonés el nuevo régimen básico estatal sobre estabilidad financiera (Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio).

De resultas de esta nueva regulación, gran cantidad de proyectos, cuando no existan afecciones eólicas y se cuente con derecho de acceso a redes, verán garantizada su viabilidad y facilitada su tramitación administrativa. Para ello, el Decreto-Ley establece un régimen especial de tramitación anticipada (art. 6) para la ejecución de dichas sentencias, permitiendo impulsar los proyectos que, de haberse resuelto los concursos convocados en su día, hubieran resultado priorizados en ejecución de sentencia. Las reglas sobre la ejecución de sentencias se contienen en el Capítulo II.

El Capítulo III regula la autorización administrativa de las instalaciones eólicas y el Capítulo IV regula las modificaciones no sustanciales de Parques eólicos, estableciendo la no necesidad de autorización administrativa. Las instalaciones ya autorizadas con arreglo a la normativa anterior podrán acogerse al régimen de modificaciones sustanciales regulado en esta Ley (disposición transitoria primera). El Capítulo V regula las inspecciones periódicas de las instalaciones, el VI la expropiación y servidumbres y el VII el régimen de transmisión de instalaciones, que también requiere autorización administrativa previa.

Finalmente, se determina la suspensión de los procedimientos autorizatorios formulados al amparo de una norma anterior a esta, y la necesidad de reformular las solicitudes conforme a la misma (disposición transitoria segunda).

II. JURISPRUDENCIA

1. Tribunal Supremo

A. Evaluación Ambiental Estratégica

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo C-Adm, Sección 5ª) de 2 de marzo de 2016 (rec. 1359/2014)

En esta Sentencia se resuelven varios recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Montanuy (Huesca), por el Gobierno de Aragón y por la entidad mercantil Castanesa Nieve SLU, contra la Sentencia del TSJ de Aragón de 22 de enero de 2014, por la que se estimaba un recurso contencioso de la asociación Naturaleza rural-Asociación de propietarios y vecinos de... [dirección] contra el Plan General de Ordenación Urbana de Montanuy, anulando este por omisión de la evaluación ambiental estratégica.

El TS recuerda su asentada jurisprudencia, conforme a la cual no procede eludir el trámite de Evaluación Ambiental Estratégica, impuesto por los arts. 7 y

9 de la Ley 9/2008 de 28 de abril, justificándose en los intereses públicos vinculados a la aprobación de cualquier Plan, en el retraso que ha de conllevar en su aprobación que se realice este trámite, en la sujeción de los planes y proyectos de ejecución posterior a evaluación o en que se hayan respetado en el procedimiento de aprobación del Plan los principios de transparencia y participación pública. Esta fue la razón esgrimida por el TSJ de Aragón para anular el PGOU en el caso particular, cuya Evaluación Ambiental fue declarada inviable por el INAGA «dado el avanzado estado de tramitación del mismo» (FJ 1º).

El TS considera que esta alegación no constituye motivación suficiente, y confirma la nulidad del PGOU, y no su anulabilidad, pues la falta de motivación y la inexistencia de Evaluación Ambiental Estratégica no son vicios de forma sino vicios sustanciales, al tratarse de una disposición general, que determina la nulidad del art. 62.2 de la Ley 30/92 (FJ 5º).

El TS desestima por tanto el recurso e impone las costas a los recurrentes, limitando su cuantía a 2500 € con cargo a la entidad mercantil Castanesa Nieve SLU y 3000 € a cargo del Ayuntamiento de Montanuy (FJ 8º).

2. Audiencia Nacional

A. Responsabilidad por inundaciones

Sentencia de la Audiencia Nacional (sede Madrid) (Sala de lo C-Adm, Sección 1ª) de 15 de marzo de 2016 (rec. 3/2015)

En esta Sentencia se resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto por una persona contra la Resolución de 28 de octubre de 2014, del Secretario General Técnico del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, por el que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados en Pina del Ebro por las inundaciones del río Ebro entre los días 21 y 24 de enero de 2013.

La recurrente sufrió daños por valor de 40.982 € por pérdida de cosecha de guisante, cebada y alfalfa, daños que imputa a la Confederación Hidrográfica del Ebro por dejación de sus obligaciones de policía, insuficiencia de las defensas previstas y la permisividad con determinadas obras y afecciones del río aguas arriba.

La resolución desestimatoria negó la relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos y afirmó el deber jurídico de la reclamante de soportar las consecuencias de cultivar en la zona en que lo hace, que califica de «zona de dominio público probable, incluida en zona de inundación». También niega que conste el cultivo preexistente y la superficie cultivada o afectada.

La Audiencia Nacional examina la concurrencia o no de los presupuestos para que nazca responsabilidad patrimonial conforme al art. 139 Ley 30/92, señalando la jurisprudencia del TS, según la cual no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino tan solo los antijurídicos, es decir, los que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (STS de 1 de julio de 2009), los que no se deban a la conducta del propio perjudicado o de un tercero (STS de 19 de junio de 2007) y que por el contrario sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (normal o anormal).

Analiza a continuación la concurrencia o no del nexo causal necesario entre el funcionamiento de los servicios públicos, para lo cual adopta un concepto de causalidad explicada como aquel daño que se produce por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquel. En el caso de una omisión, añade, a la Administración solo se le puede reprochar no haber intervenido si, dadas las circunstancias del caso concreto, estaba obligada a hacerlo. Finalmente, considera que la fuerza mayor es la única circunstancia admitida por la Ley con carácter excluyente de la responsabilidad.

Entrando en el caso particular, la AN acredita que «no se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos estatales y las inundaciones a las que se atribuyen los daños en cultivos agrícolas denunciados», dado que la parte actora no aporta prueba alguna de la dejación por parte de la Confederación Hidrográfica del Ebro de sus obligaciones de policía. Las inundaciones revistieron un carácter extraordinario, como demuestra el expediente administrativo. Por todo ello, desestima el recurso e impone las costas a la parte demandante.

3. Tribunal Superior de Justicia de Aragón

A. Ordenanzas de Telecomunicaciones

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sede Zaragoza) (Sala de lo C-Adm, Sección 1ª) de 19 de noviembre de 2015 (rec. 227/2013)

En esta Sentencia se resuelve un recurso contencioso-administrativo de Telefónica Móviles España SAU contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Huesca de 5 de agosto de 2013, por el que se aprobó definitivamente la modificación de la Ordenanza Municipal reguladora de la instalación y funcionamiento de infraestructuras radioeléctricas.

La recurrente pretende la nulidad de los aptds. 3º y 4º del art. 6 de la citada Ordenanza, alegando que los Ayuntamientos no tienen competencia para dictar normas que limiten técnicamente el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones estableciendo siquiera a modo de recomendación niveles de emisión in-

feriores a los establecidos en la legislación estatal, que ostenta competencia exclusiva en la materia.

Los citados preceptos establecían: **1**) una recomendación general de aplicar los umbrales contenidos en la resolución 1815, de 27 de mayo de 2011 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, obligando a justificar el no seguimiento de estos valores límite (art. 6.3); y **2**) una recomendación de seguir las distintas normativas respecto a la ubicación, características y condiciones de funcionamiento de las estaciones radioeléctricas para minimizar los niveles de emisión sobre espacios sensibles como escuelas, centros de salud, hospitales, parques públicos, residencias, institutos, etc., obligando igualmente a justificar los casos en los que no sea posible cumplir este requisito (art. 6.4).

Dice el TSJ que aunque sea a título de mera recomendación, la Ordenanza «excede sobradamente y puede encontrar difícil justificación en competencias municipales como las invocadas». La Ordenanza excede por tanto las competencias municipales para adentrarse en las estatales, tal como el TS expresó en su Sentencia de 11 de febrero de 2013, en la medida en que no solo recomienda, sino que obliga a motivar el alejamiento de los límites recomendados por el Consejo de Europa, que no tienen carácter normativo (FJ 2º).

Por tanto, el TSJ anula los citados preceptos e impone costas a la Administración demandada por cuantía de 1500 € (FJ 3º).

B. **Autorización Ambiental Integrada**

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sede Zaragoza) (Sala de lo C-Adm, Sección 1ª) de 17 de marzo de 2016 (rec. 314/2013)

En esta Sentencia se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la «Cooperativa Alto Aragón de Barbastro, S. Coope. Ltda» contra la Sentencia de 18 de octubre de 2013 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huesca, que confirmaba la resolución del INAGA de 2010, por la que se modificaba una Autorización Ambiental Integrada (AAI) de 2007 sobre una fábrica de piensos en Barbastro (Huesca).

La modificación recurrida exigía la construcción de una depuradora para el tratamiento del agua de los aseos de los trabajadores de la fábrica. Esta necesidad derivaba de un informe de la Confederación hidrográfica del Ebro de 17 de marzo de 2010, que señalaba que pese a verter sus aguas al alcantarillado municipal, la afección del vertido era similar a la que se produciría de hacerlo directamente sobre el cauce. Basándose en este informe, el INAGA había concluido que por tanto era necesario a la Cooperativa en cuestión instalar una depuradora.

El TSJ, sin embargo, señala que las conclusiones del informe de la Confederación hidrográfica son contrarias a la Ley de Aguas y al Reglamento de Do-

minio Público Hidráulico, además de a la Ley 7/2006 de 22 de junio de Protección Ambiental de Aragón, que en su art. 47.10 y 11 requiere autorización de vertido a los organismos de cuenca únicamente cuando el vertido se produce sobre el dominio público hidráulico, el cual no incluye la red de alcantarillado municipal. Por tanto, el controvertido informe no podía tener el carácter de informe vinculante en el procedimiento de modificación de la AAI por parte del INAGA, y su indebida exigencia «determina que podamos estar en presencia de un acto nulo de pleno derecho por concurrir falta de competencia o de procedimiento» (FJ 2º).

Finalmente, señala el TSJ aragonés que tal vicio es motivo suficiente para incoar procedimiento de revisión de oficio contra dicha Resolución del INAGA de 2010, y conforme a asentada jurisprudencia que exige agotar esta vía previo examen judicial sustantivo, condena a la Administración Autonómica a tramitar dicha revisión de oficio, revocando al mismo tiempo la Sentencia apelada y haciendo imposición de las costas de la primera instancia a la misma Administración en cuantía de 600 €.

Derecho de la Unión Europea

Sergio Salinas Alcega
Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

I. NORMATIVA

En este primer apartado de nuestro Informe, dedicado a la normativa adoptada en el marco de la Unión Europea en 2016, incluimos tres disposiciones –dos Reglamentos y una Directiva– dedicadas a dos cuestiones que por su carácter horizontal presentan interés para los entes locales de los Estados miembros: la libre circulación de trabajadores, a la que se refiere uno de los Reglamentos, y la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales, desarrollada por el otro Reglamento y la Directiva.

La primera cuestión es abordada por el Reglamento (UE) núm. 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de abril de 2016, que constituye una revisión de disposiciones anteriores (Reglamento [UE] núm. 492/2011 y Decisión de Ejecución 2012/733/UE) para adaptar el marco normativo de la Unión a los nuevos desafíos en este ámbito, como las nuevas pautas de movilidad, la mayor exigencia de una movilidad equitativa, los cambios en la tecnología de intercambio de datos sobre ofertas de empleo, el uso de una variedad de canales de contratación por los trabajadores y los empresarios, y un papel cada vez más importante de otros agentes del mercado laboral, junto con los servicios públicos de empleo (SPE), en la prestación de servicios de contratación.

El Reglamento 2016/589 establece como principio que los Estados miembros deben conceder el mismo acceso a todo nacional de un tercer país que, en este

ámbito, disfrute, en función del Derecho nacional o de la Unión, de una igualdad de trato con respecto a sus propios ciudadanos. Eso sin perjuicio de las normas de acceso de nacionales de terceros países a los mercados laborales nacionales establecidas en la legislación de la Unión y en la legislación nacional pertinente.

Para dar respuesta a la interdependencia entre los mercados de trabajo se plantea una mayor colaboración entre los servicios de empleo, incluidos los de las regiones transfronterizas. Con ese fin se considera conveniente establecer un marco de cooperación entre la Comisión y los Estados miembros en lo que respecta a la movilidad laboral voluntaria dentro de la Unión, de forma que se agrupen las ofertas de empleo de toda la Unión y se establezcan condiciones para el suministro de los correspondientes servicios de apoyo a los trabajadores y a los empresarios, previendo un enfoque común para compartir la información necesaria a efectos de facilitar tal cooperación.

Uno de los elementos destacables de este Reglamento es el restablecimiento de la red EURES, modificando su marco normativo en lo que respecta a objetivos, composición y estructura. En cuanto a su funcionamiento se señala que la Oficina Europea de Coordinación, gestionada por la Comisión, asistirá a la red EURES, en particular definiendo y asumiendo el mantenimiento y desarrollo del portal EURES y los correspondientes servicios informáticos, incluidos los sistemas y procedimientos para el intercambio de ofertas y demandas de empleo, CV y documentos justificativos, y otra información. Asimismo esa Oficina desarrollará actividades de información y comunicación sobre la red EURES, además del análisis de la movilidad geográfica y laboral, teniendo en cuenta las distintas situaciones de los Estados miembros o el desarrollo de una estructura adecuada para la cooperación y la compensación en la Unión sobre los períodos de aprendizaje y de prácticas. El Reglamento fija también las responsabilidades de las Oficinas Nacionales de Coordinación y establece los criterios de designación de los SPE por los Estados como miembros de EURES, así como la admisión de otros miembros y socios de EURES y sus responsabilidades.

El Reglamento se ocupa también de la organización de una plataforma informática común, a efectos de la puesta en correspondencia de las ofertas y las demandas de empleo, estableciendo que cada Estado miembro publicará en el portal EURES todas las ofertas de empleo que publiquen los SPE, así como las comunicadas por los demás miembros y, si procede, por los socios de EURES. El portal recogerá también todas las demandas de empleo y los CV que publiquen los SPE, así como los proporcionados por los demás miembros y, en su caso, por los socios de EURES, siempre que los trabajadores interesados hayan dado su consentimiento para la publicación de esa información. El acceso a la plataforma informática común se prevé a escala nacional estableciendo un mecanismo

para facilitar el acceso a los trabajadores y los empleadores, para lo que se crean unos servicios de apoyo para el acceso a la información básica y una asistencia posterior a la contratación.

En caso de que, en regiones transfronterizas, miembros o socios de EURES participen en estructuras específicas de cooperación y de servicio, como las asociaciones transfronterizas, se facilitará a los trabajadores y empresarios fronterizos información relacionada con la situación particular de los trabajadores fronterizos que sea pertinente. El cometido de las asociaciones transfronterizas de EURES podrá incluir servicios de contratación y colocación, la coordinación de la cooperación entre las organizaciones participantes y la realización de actividades correspondientes a la movilidad transfronteriza, incluida la información y orientación de los trabajadores fronterizos, centrándose específicamente en servicios multilingües.

Por último, para el intercambio de información, se establece que la Comisión y los Estados miembros supervisarán y harán públicos los flujos y las tendencias de movilidad laboral dentro de la Unión Europea sobre la base de las estadísticas de Eurostat y de los datos nacionales disponibles. El Intercambio de información entre Estados miembros se facilitará a través de una programación concreta y de la recogida y análisis de datos.

La segunda cuestión incluida en este informe es, como ya se señaló, la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de sus datos personales y la garantía de la libre circulación de estos dentro de la Unión y a ella se refieren el Reglamento (UE) núm. 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. La primera de esas disposiciones establece, de conformidad con el art. 16.2 TFUE, las normas generales en la materia, difiriendo su aplicabilidad a 25 de mayo de 2018 y derogando la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sin embargo, tal como se señala en la Declaración núm. 21 aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, en razón de su naturaleza, requieren normas específicas. A ese fin responde la Directiva (UE) 2016/680, que se centra en la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública.

El Reglamento 2016/679 comienza recordando la condición de la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales

como un derecho fundamental protegido en el ámbito de la Unión (artículo de la 8.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art. 16.1 TFUE). No obstante, como tal derecho no tiene carácter absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. A continuación se apuntan diversos factores que influyen en la cuestión de la protección de datos personales en el sentido de operar un aumento sustancial de flujos transfronterizos de los mismos. A ese respecto se señalan la integración económica y social resultante del funcionamiento del mercado interior o la rápida evolución tecnológica y la globalización. Esos factores requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea que genere la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. A ello trata de responderse con estas disposiciones, añadiéndose en el Reglamento que ese marco debe articularse con la vista puesta en dos objetivos: que las personas físicas tengan el control de sus propios datos personales y que se refuerce la seguridad en la transmisión de los mismos.

Un principio central en esta materia es que el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento de sus datos personales debe ser equivalente en todos los Estados miembros. Es decir que la aplicación de las normas dirigidas a ese fin debe ser coherente y homogénea en toda la Unión. Ello no obsta que los Estados, para realizar misiones en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable del tratamiento, puedan mantener o adoptar disposiciones nacionales a fin de especificar en mayor grado la aplicación de las normas de este Reglamento.

Por lo que respecta a su ámbito de aplicación el Reglamento señala que se aplica a las personas físicas, independientemente de su nacionalidad o de su lugar de residencia, en relación con el tratamiento de sus datos personales. Ello excluye de dicho ámbito de aplicación el tratamiento de datos personales relativos a personas jurídicas o los supuestos de circulación de datos personales relacionada con actividades excluidas del ámbito del Derecho de la Unión, como las relativas a la seguridad nacional, o desarrolladas por los Estados miembros en relación con la política exterior y de seguridad común de la Unión. Queda excluido igualmente del ámbito de aplicación del Reglamento el tratamiento de datos personales por personas físicas en el curso de una actividad exclusivamente personal o doméstica y, por tanto, sin conexión alguna con una actividad profesional o comercial, lo que no obsta su aplicación a los responsables o encargados del tratamiento que proporcionen los medios para tratar datos personales relacionados con tales actividades personales o domésticas.

El Reglamento señala la necesidad de adaptar al mismo el Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, que se aplica al tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión. Y recuerda que el tratamiento de datos de carácter personal por las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de la ejecución de sanciones penales es objeto de un acto jurídico específico, por lo que este Reglamento no debe aplicarse al tratamiento destinado a tales fines, aunque sí es aplicable a las actividades de los tribunales y otras autoridades judiciales. En ese sentido se intenta preservar la independencia del poder judicial excluyendo de la competencia de las autoridades de control el tratamiento de datos personales cuando los tribunales actúen en ejercicio de su función judicial. A ello se añade que ese control ha de encomendarse a organismos específicos dentro del sistema judicial del Estado miembro, que deben garantizar el cumplimiento del presente Reglamento, concienciar más a los miembros del poder judicial acerca de sus obligaciones en virtud de este y atender las reclamaciones en relación con tales operaciones de tratamiento de datos. El Reglamento resulta también aplicable al tratamiento de datos personales de residentes en la Unión por responsables no establecidos relacionado con la observación del comportamiento de aquellos que tenga lugar en la Unión.

La protección contemplada incluye toda información relativa a una persona física identificada o identificable, incluyendo en esta última categoría los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional. Por otra parte se establece que el consentimiento para el tratamiento de datos personales debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio *web* en *internet*, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento. Además el consentimiento debe darse para todas las actividades de tratamiento realizadas con los mismos fines.

Los niños merecen una protección específica, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales cuan-

do se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños.

Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, necesario para proteger un interés esencial para la vida del interesado o la de otra persona física, y leal, de manera que quede totalmente claro que se están recogiendo, utilizando, consultando o tratando de otra manera datos personales que les conciernen, así como la medida en que dichos datos son o serán tratados. El principio de transparencia exige que toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos sea fácilmente accesible y fácil de entender, y que se utilice un lenguaje sencillo y claro.

Ese régimen general se completa con la Directiva (UE) 2016/680, referida como ya se señaló al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública. Esta Directiva, que deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, prevé el 6 de mayo de 2018 como fecha límite para su transposición por los Estados miembros, e incluye un concepto amplio de autoridades que comprende cualquier organismo o entidad en que el Derecho del Estado miembro haya confiado el ejercicio de la autoridad y las competencias públicas a los efectos de la presente Directiva. Esta disposición trata de conciliar dos objetivos relevantes: facilitar la libre circulación de datos personales entre autoridades con esos fines y garantizar un alto nivel de protección de dichos datos. A este respecto debe recordarse que conforme al Reglamento (UE) 2016/679, los datos personales que figuran en documentos oficiales que se encuentren en posesión de una autoridad pública o de un organismo público o privado para la realización de una tarea de interés público pueden ser divulgados por dicha autoridad u organismo de conformidad con el Derecho de la Unión o del Estado miembro que resulte de aplicación a dicha autoridad u organismo público a fin de conciliar el derecho de acceso del público a los documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales.

La Directiva establece normas armonizadas que garanticen el mismo nivel de protección de las personas físicas a través de derechos jurídicamente exigibles en toda la Unión, evitando de esa forma divergencias que dificulten el intercambio de datos personales entre las autoridades competentes. Ello sin embargo no significa que deba impedirse a los Estados miembros que ofrezcan garantías mayores que las establecidas en la presente Directiva. Además, la Directiva se entiende sin perjuicio del principio de acceso del público a los documentos oficiales.

II. JURISPRUDENCIA

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia incluida en el Informe se mencionan tres sentencias que guardan relación directa con los intereses de los entes locales. La primera de ellas tiene a España como demandante en el marco de un recurso de anulación contra una Decisión de la Comisión en relación con la ayuda financiera concedida por el Estado para apoyar el proceso de transición de la radiodifusión analógica a la digital. Las otras dos sentencias responden a cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Países Bajos acerca de la clarificación de la condición de un Ayuntamiento como sujeto pasivo del IVA.

1. Recurso contra la Decisión de la Comisión por la que se declara como ayuda de Estado incompatible con el Derecho de la Unión Europea la financiación concedida por las autoridades españolas para apoyar el proceso de transición de la radiodifusión analógica a la digital en España en la conocida como zona II

La sentencia del Tribunal General, de 26 de noviembre de 2015 (as. T-461/13), rechaza el recurso de anulación planteado por España en relación con la Decisión 2014/489/UE de la Comisión, de 19 de junio de 2013, fundado sobre cinco argumentos. El primero de ellos consiste en considerar un error la calificación de ese régimen de financiación como ayuda de Estado dada la ausencia de actividad económica de las entidades implicadas, la falta de carácter selectivo del citado régimen que constituía un servicio de interés general y la ausencia de falseamiento de la competencia.

El Tribunal afirma a este respecto que el carácter económico de una actividad no depende del estatuto público o privado de la entidad que la ejerce ni de su rentabilidad. Que una empresa desarrolle actividades que implican prerrogativas de poder público no implica que toda su actuación escape a la aplicación del Derecho de la Unión en materia de competencia; deberá examinarse actividad por actividad para identificar las que, por estar vinculadas al ejercicio de prerrogativas de poder público, estarán incluidas en la exención de esas normas de competencia.

A continuación el Tribunal rechaza la argumentación de España de que el mantenimiento y la explotación de la red de TDT en la zona II por parte de Comunidades Autónomas, empresas públicas y ayuntamientos es una actividad vinculada al ejercicio de prerrogativas de poder público, cuyo único interés era atender a las necesidades de la población rural, garantizando la cobertura de te-

levisión en esa zona. La sentencia recuerda a este respecto que son los efectos de una intervención, y no su finalidad, los que determinan la calificación o no de ayuda en el sentido del art. 107 TFUE. En este caso el Tribunal considera que la conclusión de la Comisión no incurre en error ya que se trata de una actividad económica, similar a otras en las que se produce una gestión de infraestructuras por parte de las autoridades regionales, a lo que se añade la existencia de un mercado, que resulta de la presencia de otros operadores dispuestos a prestar ese servicio o en condiciones de hacerlo, en concreto se recuerda que son varias las empresas que operan en el mercado de la zona I y que había un operador europeo de satélites dispuesto a hacerlo en la zona II.

La sentencia desestima igualmente las alegaciones planteadas por España en cuanto a que la extensión de la TDT fuese desarrollada por empresas públicas que actuaban como medio propio de la Administración. En opinión del Tribunal para calificar una actividad como económica es indicio suficiente que la misma pueda ser ejercida por una empresa privada, siendo irrelevante que el Estado actúe directamente a través de un órgano de la Administración o de una entidad a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos. Por otra parte la alegación española de inexistencia de un mercado, dado que el objetivo de la intervención era asegurar el derecho de todas las personas a recibir comunicación audiovisual televisiva, choca con la existencia de un operador dispuesto a prestar el servicio en la zona II y de varias empresas que prestan ese servicio en la zona I. Tampoco se considera relevante que las empresas implicadas no obtuvieran contraprestación económica, ya que el carácter económico de la actividad no depende ni de la existencia de inversores privados dispuestos a llevarla a cabo en las mismas condiciones ni de su rentabilidad. Por último se rechaza la alegación española de que el despliegue de la red digital en la zona II solo afectaba a canales nacionales y regionales privados ya que en la práctica totalidad de esa zona la obligación de cobertura impuesta a los radiodifusores nacionales garantizaba el acceso a los canales públicos.

En cuanto a la falta de carácter selectivo del régimen puesto en marcha por las autoridades españolas, basada en la consideración de la explotación de las redes de difusión de radio y televisión como un servicio de interés económico general (SIEG), el Tribunal advierte que el que la actividad en cuestión constituya un SIEG presenta un criterio independiente del carácter selectivo de una ayuda de Estado en el sentido del art. 107.1 TFUE. La consideración como SIEG de una actividad es pertinente en relación con la existencia de una ventaja económica, el carácter selectivo guarda relación con la exigencia de que la ayuda favorezca a determinadas empresas o producciones. Al parecer del Tribunal España no ha argumentado suficientemente su conclusión de que no se ha favorecido a determinadas empresas. Sobre este particular España se apoyaba en la

conclusión establecida por el propio Tribunal en su sentencia *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00), de 24 de julio de 2003, en la que se concluía la no sujeción al art. 107.1 TFUE de aquellas intervenciones estatales que compensan las prestaciones realizadas por empresas beneficiarias para la realización de obligaciones de servicio público, de forma que esas empresas no disfrutan de ventaja financiera y dicha intervención no tiene como fin situarlas en situación competitiva más favorable. No obstante, esa exención se supedita al cumplimiento acumulativo de cuatro requisitos, de los que dos no se cumplen en este caso. El primero se refiere a que la empresa debe estar encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público que han de estar claramente definidas. El Tribunal concluye que la legislación española (Leyes Generales de telecomunicaciones 11/1998 y 32/2003) considera que los servicios de telecomunicaciones son SIEG pero sin rango de servicios públicos. Además, el principio de neutralidad tecnológica que preside la legislación española impide extender a la explotación de una determinada plataforma soporte la definición de servicio público que se establece para la radiodifusión pública. Así, cuando existan varias plataformas disponibles no puede considerarse una de ellas como esencial para la transmisión de señales.

A continuación el Tribunal aborda el amplio margen de apreciación de los Estados en la definición de un SIEG, afirmando que no es ilimitado ni puede ejercerse arbitrariamente para favorecer a un sector concreto evitando que se le apliquen las normas de competencia. En ese contexto la capacidad de actuación de la Comisión frente a esas definiciones de SIEG se reduce a casos de error manifiesto y, por su parte, el Tribunal se circunscribe a comprobar la existencia de requisitos mínimos: existencia de acto del poder público que haya encargado al operador una misión de SIEG y carácter universal y obligatorio de esa misión. España precisó que se había encomendado a los operadores la ejecución de obligaciones de servicio público mediante actos de las autoridades, concretamente los contratos públicos con los operadores. Para el Tribunal eso no demuestra que la Comisión incurriera en error ya que el servicio en cuestión no había sido definido claramente como servicio público; además el mero hecho de que un servicio sea designado SIEG no implica que todo operador que lo efectúe esté encargado de la ejecución de obligaciones de servicio público claramente definidas. Por otra parte el art. 2.1 de la Ley 32/2003 dispone expresamente que los SIEG en el sentido de esta ley deben prestarse en régimen de libre competencia.

A eso se añade que, conforme al principio de neutralidad tecnológica de la citada Ley 32/2003, la explotación de una red terrestre no estaba definida como servicio público en el sentido de la sentencia *Altmark Trans*, y que no se encomendó a los operadores la ejecución de obligaciones de servicio de la manera antes indicada. A este respecto la sentencia señala que España no ha aportado

ningún contrato con los operadores concernidos que permita respaldar su postura, y que el mero hecho de que un servicio sea objeto de un contrato público no supone que revista automáticamente, sin ninguna precisión de las autoridades correspondientes, la calidad de SIEG.

El segundo de los requisitos establecidos por el Tribunal en la sentencia *Altmark Trans* es el referido a la garantía del menor coste para la colectividad, acogiéndose por el Tribunal la conclusión alcanzada por la Comisión en el sentido de que el considerar que la plataforma terrestre es la solución más eficiente en términos de costes en comparación con la plataforma satelital no basta, puesto que otros operadores terrestres también podían haber prestado ese servicio a un coste menor.

El tercero de los argumentos en los que se apoya este primer motivo de anulación, relativo al error de la Comisión en calificar el régimen puesto en marcha por España como ayuda de Estado, es el que se refiere a la inexistencia de distorsiones a la competencia. El Tribunal recuerda que la Comisión no está obligada a acreditar el falseamiento efectivo de la competencia sino que basta que las ayudas puedan afectar los intercambios comerciales entre los Estados miembros. Y concluye que una ayuda de un Estado que refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales en la Unión debe considerarse que afecta a dichos intercambios. A continuación desestima las alegaciones españolas para sostener este motivo. En primer lugar considera que, a diferencia de la opinión de España de que ambas plataformas no operaban en el mismo mercado, ambas son capaces e idóneas para dar soporte a ofertas de televisión gratuita o de pago y los titulares de licencias para la emisión de TDT en España pueden emitir canales de pago, incluyéndose en la oferta de TDT en España tanto canales de pago como gratuitos. En cuanto a la conclusión de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de excluir a los servicios portadores de difusión de la señal de televisión y radio vía satélite del mercado del servicio portador de difusión de televisión mediante ondas terrestres, el Tribunal señala que este órgano no precisó ni los casos ni las razones por los que concluyó que ambas plataformas no operaban en el mismo mercado. Por último se afirma que a la conclusión española de la falta de competencia en la zona II se opone que haya un operador de plataforma satelital que participó en la licitación relativa a la extensión de la cobertura de televisión digital en Cantabria.

El segundo de los cinco argumentos en los que se funda el recurso de España es que la Comisión no justificó el método de extrapolación empleado para llegar a la conclusión de que la mayoría de las licitaciones no eran tecnológicamente neutras, de forma que es imposible saber a qué licitaciones concretas se refiere. El Tribunal recuerda su reiterada jurisprudencia en relación con la in-

terpretación estricta de las excepciones al principio general de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el mercado interior, recogido en el art. 107.3.c) TFUE. A ello se añade la amplia facultad de apreciación de la Comisión en materia económica, limitándose el control jurisdiccional a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos y la ausencia de errores de Derecho. Para ello el demandante debe aportar elementos de prueba suficientes para privar de plausibilidad las apreciaciones de la Comisión, en este asunto relativas a la falta de respeto del principio de neutralidad tecnológica, el carácter no proporcionado de la ayuda y su no consideración como instrumento idóneo para garantizar la cobertura de los canales en abierto a los residentes de la zona II. Por lo que respecta a la primera de esas consideraciones concluye el Tribunal que la mención a la falta de respeto del principio de neutralidad tecnológica en la inmensa mayoría de las licitaciones no supone invertir la carga de la prueba puesto que al examinar un régimen de ayudas la Comisión puede limitarse a apreciar las características del mismo para concluir si es o no adecuado a los objetivos previstos en el art. 107.3 TFUE, no estando obligada a analizar la ayuda concedida en cada caso individual. En caso de declarar la incompatibilidad del régimen de ayudas analizado en abstracto con el mercado interior y ordenar la recuperación de los importes recibidos, corresponde al Estado miembro comprobar la situación individual de cada empresa afectada por la operación de recuperación. Esa misma consideración sirve para desestimar la alegación de la no justificación del método empleado para la extrapolación, puesto que no hubo tal sino un análisis en abstracto del régimen de ayudas. Por último, en cuanto a la vulneración de la obligación de motivación la sentencia recuerda que su alcance depende de la naturaleza del acto y del contexto de adopción del mismo, teniendo como objeto mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución, permitiendo al juez el control de legalidad y a los interesados la defensa adecuada de sus derechos. Eso no exige en modo alguno especificar todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes. En opinión del Tribunal la Decisión de la Comisión cumple con ese objeto.

El tercer argumento del recurso español es el que se refiere a la violación de normas procedimentales por no tomar en consideración las pruebas aportadas por España, por una instrucción incoherente del expediente, por dilación excesiva y cambios de instructor y por falta de objetividad y de imparcialidad. La primera de ellas consiste en que en opinión de España la Comisión no tuvo en consideración el Informe de costes de referencia para el proceso de universalización de la TDT en España de julio de 2007. Para el Tribunal dicho Informe sí fue examinado, concluyendo que no demostraba suficientemente la superioridad de la plataforma terrestre respecto de la satelital. A eso se añade que dicho Informe

apuntaba a que la solución final más apropiada sería considerar ambas plataformas, utilizando una u otra en función de las condiciones y circunstancias de la ubicación física de la población. España alega que la Comisión dio prioridad al estudio del operador europeo de satélites, realizado *ex post*, sin valorar que diversas Comunidades Autónomas evaluaron que la oferta de ese operador suponía un coste mucho mayor que la solución terrestre, lo que supone una prueba de parcialidad. Para el Tribunal el rechazo de los cálculos de algunas Comunidades Autónomas no se basa en el estudio del operador de satélites sino en que, además de la incertidumbre en cuanto a su fecha, ninguno presentaba el grado de detalle y solidez suficiente para justificar la elección de la tecnología terrestre, además de no haber sido realizados por expertos independientes.

La alegación de la incoherencia en la instrucción del procedimiento resulta de que la Comisión se limitó en su examen inicial al análisis de las medidas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, mientras que el examen detallado de las medidas adoptadas por las Comunidades Autónomas solo se integró en dicho análisis posteriormente. A eso se añade que la conclusión de que alguna licitación no fuera neutral no puede implicar la falta de neutralidad de todo el proceso y que la investigación concluyó prematuramente, imponiendo al Estado completarla y examinar caso por caso todas las licitaciones. Para el Tribunal el primero de los motivos debe desestimarse puesto que como España admite expresamente la Comisión también examinó las medidas presentadas por las Comunidades Autónomas. En cuanto a la conclusión prematura del procedimiento, se recuerda que en el examen de un régimen de ayudas la Comisión no está obligada a un análisis de la ayuda concedida en cada caso individual, que solo debe comprobarse al proceder a la recuperación de las ayudas.

Respecto al examen de la duración excesiva del procedimiento y los cambios de instructor el Tribunal recuerda que en los procedimientos de examen de ayudas de Estado la Comisión tiene la obligación de actuar dentro de un plazo razonable, no estando autorizada a perpetuar su estado de inactividad durante la fase previa de examen. Ese carácter razonable debe apreciarse en función de las características propias de cada asunto, su complejidad y el comportamiento de las partes. En este caso se recuerda que la fase previa de examen se prolongó algo más de dieciséis meses, lo que no se considera excesivo dada la implicación de autoridades de distintos niveles (nacional, regional y local) y el tiempo necesario para aportar información complementaria. Por su parte el procedimiento formal de examen tuvo una duración inferior a treinta y tres meses. Las circunstancias del caso, como por ejemplo la solicitud de las autoridades españolas a la Comisión de una ampliación de los plazos para formular observaciones, llevan a concluir que la duración del procedimiento formal de examen no fue desmesurada, ni siquiera teniendo en cuenta el cambio de instructor.

La última alegación de España desde esta perspectiva procedimental es la que acusa a la Comisión de falta de objetividad y de imparcialidad por tomar en consideración las conclusiones del operador de satélites que no habían sido objeto de ningún requerimiento, y que fueron comunicadas con mucho retraso a las autoridades españolas. Además la Comisión aceptó la solicitud de ese operador de que sus observaciones no fueran divulgadas a terceros mientras que a las autoridades españolas se les solicitaron versiones no confidenciales de sus observaciones. Por último España aduce que la Comisión aceptó como válidas las observaciones del operador sin haberlas contrastado con las de las autoridades españolas. El Tribunal responde que si bien las observaciones del operador fueron enviadas espontáneamente, también las autoridades españolas enviaron por su propia iniciativa información a la Comisión, que fue tenida en cuenta por esta. A eso se añade que el eventual retraso en el envío no basta por sí solo para fundamentar la falta de objetividad e imparcialidad. Lo mismo ocurre respecto de la solicitud del operador de que sus observaciones no fueran divulgadas a terceros, dada la obligación de secreto profesional que la Comisión tiene atribuida por el art. 24 del Reglamento (CE) núm. 659/1999, a lo que se suma que España no afirma no haber recibido los documentos pertinentes para su defensa. En cuanto a la consideración de las observaciones del operador sin contrastarlas con las de las autoridades españolas la sentencia señala que la Comisión se limitó a afirmar que las estimaciones de costes presentadas por el operador de satélites contradecían los resultados de los estudios presentados por una empresa que explota infraestructuras de telecomunicaciones y suministra equipos de redes. Pero en ningún caso se dio prioridad a las estimaciones del operador de satélites; ese extremo se confirma en opinión del Tribunal por la afirmación recogida en la Decisión de la Comisión de que la elección de una tecnología determinada hubiera sido aceptable en caso de justificarse por un estudio previo que, en términos de calidad y coste, optase por una única solución tecnológica. Por último señala el Tribunal que la ausencia de vulneración de las obligaciones de objetividad e imparcialidad resulta de que la Comisión no consideró que la solución satelital fuese más económica que la TDT, sino que únicamente aludió a determinadas especificidades de la misma que las autoridades españolas podían haber tomado en consideración, entre ellas las posibles reducciones de precio.

El cuarto argumento en que se basa el recurso de España contra la Decisión de la Comisión es el relativo a la ruptura de los principios de seguridad jurídica, igualdad de trato, proporcionalidad y subsidiariedad resultante del requerimiento de recuperación de la ayuda. En opinión de España la no identificación de los beneficiarios afectados ni de la cuantía a devolver vulnera el principio de seguridad jurídica. A ello se añade el traslado de la carga de la prueba respecto de la parte de la ayuda que no debía devolverse por considerarse, en cuan-

to ayuda *de minimis*, compatible con el mercado interior. El Tribunal advierte que el Estado que haya concedido una ayuda contraria a las normas de procedimiento del art. 108 TFUE no podrá invocar el principio de seguridad jurídica para eludir su obligación de adoptar las medidas necesarias para ejecutar la Decisión que le impone la recuperación de dichas ayudas. Además se recuerda que incumbe a las autoridades del Estado comprobar la situación individual de cada uno de los afectados, por estar en mejor situación para ello y que ninguna disposición de Derecho de la Unión exige a la Comisión que fije el importe que debe devolverse sino que basta que incluya indicaciones que permitan a su destinatario por sí mismo, sin excesivas dificultades, determinar dicho importe. A este respecto se concluye que España no ha aportado elementos que permitan considerar que encuentra excesivas dificultades para esa determinación.

La vulneración del principio de igualdad de trato resulta de que la cancelación de los pagos pendientes impedirá exigir a los operadores que continúen con la explotación y el mantenimiento de la red en la zona II, de lo que resultará la interrupción de la señal que afectará a los grupos más desfavorecidos, dado el coste de las inversiones necesarias. La sentencia afirma por una parte que la Decisión de la Comisión no contradice un principio que implica que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que situaciones diferentes no se traten de manera idéntica salvo que haya una justificación objetiva para ello. Y por otra recuerda que este principio ha de conciliarse con el de respeto de la legalidad, impidiendo que nadie pueda invocar en su beneficio una ilegalidad cometida a favor de otro. Además se afirma que España no ha demostrado que la ordenación de la recuperación de la ayuda y la cancelación de los pagos pendientes aboque a una interrupción efectiva del servicio de TDT en el conjunto de la zona II ya que no ha precisado de forma suficiente los operadores afectados por esa medida de recuperación o cancelación. Por último la Decisión de la Comisión no afecta a la obligación de cobertura de la casi totalidad de la zona II, si bien España ha de organizar la extensión de la red de televisión digital de conformidad con el Derecho de la Unión en materia de ayudas de Estado.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad se concluye que la recuperación de una ayuda ilegal es la consecuencia lógica de su declaración de ilegalidad por lo que no puede considerarse una medida desproporcionada con respecto a los objetivos del Tratado, sin que España haya formulado alegación alguna que permita apartarse de esta regla. Igualmente se desestima la alegación relativa a la vulneración del principio de subsidiariedad, ya que, a diferencia de la opinión de España que considera afectado dicho principio por el intento de la Comisión de imponer un determinado modelo audiovisual, cuestión que entra en el ámbito de competencia de los Estados, la Decisión se centra más bien en la apreciación de la compatibilidad de una ayuda con el mercado

interior, cuestión que es competencia exclusiva de la Comisión, bajo control del Tribunal, a la que no se aplica dicho principio que, conforme al art. 5.3 TUE, se limita a los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión.

El quinto y último argumento del recurso de España contra la Decisión de la Comisión es el relativo a la violación del derecho fundamental a la información, en relación con el requerimiento a la recuperación de la ayuda. Este requerimiento privaría de un millón doscientos mil habitantes del acceso a cualquier canal de televisión, impidiendo su ejercicio al derecho a la información (art. 11 CDFUE). La sentencia rechaza esta alegación ya que recuerda que la conclusión de que la Decisión impugnada conlleva la interrupción de la señal de televisión ya ha sido desestimada.

2. La condición de sujeto pasivo del IVA a los efectos de la deducción del IVA devengado por un Ayuntamiento por la prestación de determinados servicios

La cuestión del reconocimiento a un Ayuntamiento de la condición de sujeto pasivo del IVA es abordada en dos sentencias con las que el Tribunal de Justicia responde a sendas solicitudes de cuestión prejudicial planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos con el objeto de interpretar ciertas disposiciones de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del IVA.

La primera sentencia es de 12 de mayo de 2016 (as. C-520/14), y en ella el Juez europeo responde a la solicitud del tribunal nacional de interpretar los arts. 2.1.c) y 9.1 de la mencionada Directiva. La cuestión se enmarca en el procedimiento nacional iniciado por el Ayuntamiento de Borsele contra la negativa de la Secretaría de Estado de Hacienda de que se le reconozca la condición de sujeto pasivo del IVA por la prestación de servicios de transporte escolar. El Ayuntamiento organiza ese servicio contratando a ciertas empresas y cubriendo el coste del mismo en su mayor parte con cargo a fondos públicos, excepto un 3% del coste total que se cubre con las cantidades que abonan los padres de los alumnos. La negativa de la autoridad tributaria se funda en que esos servicios no eran prestados por el Ayuntamiento a título oneroso y por tanto no podía considerarse que este estuviese llevando a cabo una actividad económica.

El Tribunal comienza por determinar si puede considerarse que en este caso el Ayuntamiento realiza actividades económicas, entendiendo por tales las que se incluyen en el concepto recogido en el citado art. 9.1 de la Directiva. La Abogada General en sus conclusiones afirma que existe actividad económica a esos efectos cuando dicha actividad se corresponda con alguna de las operaciones a las que se refiere el art. 2 de la Directiva. Es decir que en este asunto se ha

de comprobar si en el contexto de la organización de ese servicio de transporte escolar el Ayuntamiento actuó en una de las operaciones de prestación de servicios a las que se refiere el art. 2.1.c). En opinión del Tribunal los datos aportados por el órgano jurisdiccional remitente permiten considerar el acto controvertido como prestación de servicios, por lo que debe analizarse si se llevó a cabo a título oneroso lo cual exige, conforme a la jurisprudencia del propio Tribunal, la existencia entre quien presta el servicio y su destinatario de una relación jurídica de intercambio de prestaciones recíprocas, siendo la retribución percibida por el prestatario del servicio el contravalor efectivo del mismo.

Aplicando ese razonamiento al presente asunto el Tribunal señala que la aportación de los padres a los gastos de transporte no está en relación a los costes reales del servicio; su importe no está vinculado ni a los kilómetros diarios recorridos, ni al precio por alumno ni a la frecuencia de los trayectos. Ello no obsta que deba recordarse que el que una operación se lleve a cabo por un precio superior o inferior al de coste no afecta su calificación de onerosa; para esto basta que exista una relación directa entre la entrega de bienes o la prestación de servicios y una contraprestación realmente percibida por el sujeto pasivo. Por ello el Tribunal afirma que la actuación del Ayuntamiento de Borsele en el presente asunto debe calificarse como prestación de servicios a título oneroso a efectos del art. 9.1 de la Directiva IVA.

El siguiente paso es comprobar que se dan las condiciones para considerar que esa prestación de servicios puede considerarse actividad económica. Para ello se señala que un método consiste en comparar las condiciones en las que se presta este servicio en este caso concreto con aquellas en las que habitualmente se produce la prestación de servicios de estas características. A ello se añaden otras condiciones relevantes para alcanzar una conclusión en ese sentido, como la importancia de la clientela o el importe de los ingresos. En todo caso el Tribunal recuerda que es tarea del juez nacional la apreciación de todos esos factores, lo que no obsta que el Juez europeo sea competente para dar indicaciones a aquel. En ese contexto se señala que el Ayuntamiento recupera a través de las aportaciones de los padres de los alumnos una parte mínima del coste total del servicio, apuntándose además que tan solo un tercio de los usuarios del mismo abona esa aportación. El resultado es que la suma de las mismas sólo alcanza el 3% del coste total del servicio. Esa diferencia entre lo aportado y el coste total conduce al Tribunal a afirmar que esas aportaciones de los padres deben verse más como un canon que como una remuneración propiamente dicha.

Por su parte la ausencia de relación efectiva entre la cantidad abonada y la prestación del servicio conduce al Tribunal a afirmar que no ha quedado de manifiesto la existencia de una relación de carácter directo entre el servicio pres-

tado por el Ayuntamiento y el contravalor que deben pagar los padres. A ello se añade que las condiciones en las que se presta este servicio son distintas de aquellas en que discurren habitualmente las actividades de transporte de viajeros. A este respecto se recuerda la afirmación recogida en las conclusiones de la Abogada General en el sentido de que el Ayuntamiento no ofrece prestaciones en el mercado general de servicios de transporte de viajeros sino que él mismo se presenta como beneficiario y consumidor final de las prestaciones de transporte que adquiere a las empresas que contrata y que luego pone a disposición de los padres de los alumnos en el marco de la provisión de servicios esenciales.

Por todo ello se concluye que conforme al art. 9.1 de la Directiva IVA una corporación territorial que preste servicios de transporte escolar en las condiciones presentes en este asunto no realiza actividades económicas, por lo que no tiene la condición de sujeto pasivo del IVA.

La segunda solicitud de cuestión prejudicial del Tribunal Supremo de Países Bajos se enmarca en el litigio planteado en el plano interno entre el municipio de Woerden y el Secretario de Hacienda, y en ella se plantea si la Directiva 2006/112/CE puede interpretarse de manera que el sujeto pasivo que hizo construir un edificio y lo vendió por un precio inferior al coste de construcción tiene derecho a deducir la totalidad del IVA pagado por la construcción del edificio o solo cabe una deducción parcial en proporción a las partes que el adquirente del mismo destine a actividades económicas.

La sentencia del Tribunal de Justicia, de 22 de junio de 2016 (as. C-267/15), comienza recordando que el derecho a la deducción (arts. 167 y siguientes de la Directiva) forma parte del mecanismo del IVA y, en principio, no puede limitarse, ejercitándose inmediatamente por lo que respecta a la totalidad de las cuotas soportadas en las operaciones anteriores. Su objetivo es descargar al empresario del IVA devengado o pagado en el marco de todas sus operaciones económicas. El sistema garantiza la perfecta neutralidad con respecto a la carga fiscal de todas las actividades económicas sujetas al IVA, cualesquiera que sean sus fines o resultados. Así el IVA se aplica a cada transacción de producción o distribución, previa deducción del IVA que haya gravado directamente los costes de los diversos elementos constitutivos del precio.

Por su parte el derecho a deducir se condiciona a determinados requisitos materiales, conforme al art. 168.a) de la Directiva: que los bienes o servicios invocados como base de ese derecho sean utilizados por el sujeto pasivo para las necesidades de sus propias operaciones gravadas y que hayan sido entregados o prestados por otro sujeto pasivo. No se impone ningún requisito relativo a la utilización de esos bienes o servicios por la persona que los reciba o a quien se presten, puesto que eso implicaría una restricción del derecho a deducción del

sujeto pasivo en operaciones realizadas con un adquirente de los bienes o destinatario de los servicios que no ejerza una actividad económica. Además el derecho a deducir del sujeto pasivo dependería de las actuaciones ulteriores del adquirente o destinatario, que tendría derecho a modificar la utilización del bien a corto o largo plazo.

En este caso el Tribunal de Justicia considera que debe calificarse al municipio de Woerden como sujeto pasivo en el sentido de la Directiva y que los edificios le fueron entregados por otro sujeto pasivo en el marco de una operación sujeta a IVA. Por ello el municipio tiene derecho a deducir la totalidad del IVA soportado sin tomar en consideración el uso que de los bienes haga el adquirente posterior. El Tribunal de Justicia califica de irrelevante a los efectos del derecho a deducción que la entrega se hiciese por un precio que cubría todos los costes, siempre que la propia actividad esté sujeta a IVA. De hecho aunque el precio de entrega sea inferior al de coste, la deducción no puede limitarse en proporción a la diferencia entre ambos, aun cuando el primero sea considerablemente inferior al segundo, a no ser que sea meramente simbólico.

Por todo ello el Tribunal concluye que la Directiva IVA debe interpretarse en el sentido de que un sujeto pasivo, que hizo construir un edificio y lo vendió por un precio inferior a su coste de construcción, tiene derecho a la deducción de la totalidad del IVA pagado por la construcción del edificio y no solo a una deducción parcial en proporción a las partes del edificio que el adquirente del mismo destine a actividades económicas. La cesión gratuita del uso de una parte del edificio por el adquirente a un tercero resulta irrelevante a este respecto.

El Justicia de Aragón

Rosa María Casado Monge

Reflejamos en este Informe las actuaciones más destacadas que se han desarrollado en la Institución durante el año 2016 en el ámbito de la Administración Local, siendo este uno de los ámbitos donde el Justicia despliega, con mayor intensidad, sus competencias supervisoras y de mediación desde su particular encargo normativo. Las materias que se incluyen hacen referencia a empleo público, urbanismo y vivienda, contratación administrativa, servicios públicos, tributos y medio ambiente.

I. EMPLEO PÚBLICO

Por ámbitos de intervención, la actuación del Justicia de Aragón en el área de empleo público durante el año 2016 debe partir del análisis de los problemas puestos de manifiesto en relación con el acceso al empleo público en la Administración local. A lo largo del ejercicio se han analizado diversos procesos selectivos desarrollados por entidades locales para acceso al empleo público en sus diferentes modalidades, particularmente para la provisión de puestos de personal laboral, aunque no exclusivamente.

Así, planteada queja en relación con el proceso de selección de personal para prestar servicios en las piscinas municipales del Ayuntamiento de Samper de Calanda con carácter temporal –y partiendo de que como Institución entendemos la necesidad de facilitar la eficacia y agilidad en dichos procesos, y somos

conscientes de las dificultades técnicas a las que puedan enfrentarse los municipios aragoneses al afrontar los mismos–, nos vimos en la necesidad de sugerir al consistorio que adoptase los necesarios mecanismos de publicidad de las ofertas de empleo, y que desarrollase procedimientos de selección que garanticen la igualdad en el acceso al empleo público y la capacidad y mérito de los aspirantes seleccionados.

En similares términos, el 9 de febrero de 2016 se emitió resolución en relación con proceso de provisión de puesto de Educador Social con carácter temporal a través de bolsa de empleo desarrollado por la Comarca de Gúdar-Javalambre. Examinada la publicidad que se dio al proceso, se constató una irregularidad que si bien no resultaba invalidante del proceso, podía comprometer el respeto a las bases y el principio de publicidad del proceso. Por ello, se sugirió a la Administración que en procedimientos futuros elabore las bolsas de empleo para la provisión de puestos de trabajo con carácter temporal a resultas de los procesos de selección celebrados en los términos previstos en las bases aprobadas y publicadas, garantizándose así la legalidad del proceso y el respeto a los derechos e intereses que puedan verse afectados.

También se analizó el procedimiento desarrollado por el Ayuntamiento de Villamayor de Gállego para la elaboración de listas de espera para la provisión de puestos vacantes con carácter temporal. Constatados errores en la composición del órgano de selección –que no se adecuaba al art. 60 del Estatuto Básico de Empleado Público–, así como en el baremo establecido para la valoración de los méritos de los aspirantes –que no garantizaba la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar–, se planteó la necesidad de adecuar el proceso a la norma aplicable.

Por último, a lo largo del año 2016 se han examinado dos procesos para la provisión de puestos con carácter temporal desarrollados por la entidad local menor Ontinar del Salz. Como Institución entendemos las dificultades técnicas y prácticas a las que puede enfrentarse una administración inframunicipal para hacer frente al ejercicio de sus funciones. No obstante, ello no puede ser óbice para la inobservancia de las normas básicas que deben regirla, lo que podría llevar a la vulneración de la ley y a la huida del derecho administrativo. Por ello, y con el objetivo de cooperar al adecuado servicio del interés general, se formularon sendas sugerencias al objeto de que en los procesos de selección que desarrollen dichas entidades se cumplan los siguientes principios: la adecuada composición de los órganos de selección, –acudiendo al apoyo de las entidades locales a las que estén vinculadas–, la debida publicidad a la convocatoria y desarrollo del procedimiento y el respeto a las principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público.

En segundo lugar, en cuanto a los problemas puestos de manifiesto en relación con la movilidad de los empleados públicos y los procesos de provisión de puestos de trabajo, debemos resaltar el análisis efectuado del procedimiento desarrollado por el Ayuntamiento de Zaragoza para la provisión temporal de puestos de trabajo por Decreto de 31 de octubre de 2014, de la Consejería de Participación Ciudadana y Régimen Interior. El Ayuntamiento de Zaragoza en sesión celebrada el 29 de julio de 2014 aprobó la Relación de Puestos de Trabajo. Según informaba la propia Administración, dicho acuerdo «supuso una profunda reforma de la Relación de Puestos de Trabajo tanto en lo que respecta al aspecto cualitativo, como al cuantitativo, por cuanto afectó a gran cantidad de puestos... Esta circunstancia exigió la adopción de medidas temporales de provisión de puestos de trabajo para todos aquellos funcionarios o empleados municipales afectados por las modificaciones de la Relación de Puestos de Trabajo, para garantizar la continuidad administrativa adaptada a la nueva organización, y sin perjuicio de la obligación municipal de convocar dichos puestos a través del procedimiento normal establecido legalmente, que es el concurso de méritos». Tales medidas fueron la ratificación de funcionarios en puestos de trabajo «obtenidos con carácter definitivo mediante los procedimientos legales establecidos», la adscripción provisional a «otros puestos de trabajo de aquellos funcionarios cuyos puestos de trabajo fueron objeto de supresión por la nueva organización», y los «nombramientos en comisión de servicios en puestos de nueva creación, a propuesta y con la motivación expresada por el respectivo Coordinador General del Área». Debemos partir de que tanto la comisión de servicios como la adscripción provisional constituyen mecanismos temporales para la provisión de puestos de trabajo, ya que la fórmula reglada y que garantiza de manera adecuada y efectiva tanto los derechos de los empleados públicos como la satisfacción de la legalidad y el interés general es el concurso de méritos, o la libre designación para los supuestos en que así se contemple por la norma. Como Institución entendemos que razones de eficacia y eficiencia motiven la adopción de fórmulas excepcionales para la garantía del mantenimiento y el adecuado funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, y atendiendo al plazo transcurrido desde la adopción de las mismas –fueron acordadas por Decreto de 31 de octubre de 2014, de la Consejería de Participación Ciudadana e Interior–, nos vimos en la necesidad de sugerir al Ayuntamiento de Zaragoza que procediese a la convocatoria de procedimiento reglado para la provisión de los puestos de trabajo que fueron cubiertos de manera provisional.

También fue objeto de análisis en este ámbito la política de personal del Ayuntamiento de Villamayor de Gállego. Examinada la plantilla de personal, a raíz de queja planteada, aprobada por el Ayuntamiento junto con el presupuesto municipal para 2016 (publicada en *BOPZ* de 4 de marzo de 2016), se cons-

tató que el Consistorio cuenta con 2 plazas reservadas a personal funcionario con habilitación de carácter estatal, una plaza reservada a personal funcionario, y 29 plazas para personal laboral temporal. Entre estas, se incluyen puestos de técnico de administración general, de administrativo, de educador de adultos, de coordinador sociocultural, de auxiliar administrativo o de monitor de centro de juventud. Del análisis de dicho instrumento de ordenación del personal, nos vimos en la necesidad de resaltar varias cuestiones:

- En primer lugar, se constató la elevada proporción de puestos reservados a personal laboral temporal; lo que entendimos que implicaba, por un lado, una considerable provisionalidad en la estructura del empleo público del Ayuntamiento, y por el otro una vulneración del art. 92 de la ley Reguladora de Bases de Régimen Local, cuando establece que «con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario».
- En segundo lugar, dentro de los puestos reservados a personal laboral temporal se incluían plazas, –como la de técnico de administración general, administrativo o auxiliar administrativo–, en las que entendimos que podían concurrir las circunstancias para que en aplicación del apartado tercero del art. 92 de la Ley 7/1985 se considerase que las funciones que les corresponden deban ser desarrolladas por personal funcionario.
- Por último, existían otros puestos, –como encargado de mantenimiento general, OSM instalaciones deportivas o socorristas–, en los que parecía ajustado a la norma y a los principios que rigen el empleo público en las entidades locales la reserva a personal laboral, temporal o fijo.

Por consiguiente, consideramos oportuno sugerir al Ayuntamiento de Villamayor de Gállego que revisase su plantilla y por consiguiente su relación de puestos de trabajo para que se adecuase a la normativa aplicable, en los términos señalados. Es decir, debía velar por que con carácter general los puestos sean desempeñados por personal funcionario, adoptando así un modelo de función pública que garantice la adecuada prestación del servicio público y el respeto a los derechos de sus empleados.

Por último, particular relevancia han revestido durante el año 2016 las quejas y pronunciamientos en relación con la garantía del respeto al catálogo de derechos y deberes de los empleados públicos, especialmente en referencia a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional. En lo que respecta a la Administración local, cabe resaltar que con fecha 9 de marzo de 2016 se sugirió al Ayuntamiento de Zaragoza que en aplicación de lo establecido en el art. 13 del Pacto-convenio municipal para el periodo 2012-2015, aprobado con fecha 28 de marzo de 2012 por el Gobierno de Zaragoza, estudiase la posibilidad de

atender a la petición de adaptación de la jornada de trabajo formulada por una funcionaria a su servicio, garantizando con ello su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional.

II. **URBANISMO Y VIVIENDA**

En la línea de actuación que esta Institución viene desarrollando en control del cumplimiento de las Normas sobre eliminación de barreras y promoción de la accesibilidad universal, durante el pasado año 2016, y en el área de urbanismo, a partir de la resolución adoptada en relación con una queja dirigida contra el Ayuntamiento de Utebo (expediente DI-2087/2015-10), se consideró procedente la incoación de Expedientes de oficio a los Ayuntamientos de más de 5000 habitantes, en relación con cuál era la regulación contenida en sus Normas Urbanísticas vigentes, respecto a la previsión contenida en el art. 24 del Real Decreto Legislativo 7/2015, con carácter de norma básica, acerca de la posibilidad de ocupación del dominio público viario, cuando, técnica y económicamente, así se justifique para facilitar la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, a los edificios en los que residan, y, a la vista de la información obtenida, proponer, en su caso, la modificación de dichas Normas para su adecuación a lo establecido en el citado Real Decreto Legislativo. Como resultado de la instrucción practicada, y como señalábamos al principio, se llegó a la formulación de Sugerencias (y algunos Recordatorios del deber legal de información a esta Institución, cuando no se respondió a nuestra petición) a los Ayuntamientos de Alagón, Alcañiz, La Almunia de Doña Godina, Andorra, Barbastro, Binéfar, Calatayud, Caspe, Cuarte de Huerva, Monzón, Sabiñánigo, Tarazona, y Tauste, todas ellas tendentes a que se impulsase de oficio la redacción de una Ordenanza Municipal o una Modificación aislada de su Planeamiento urbanístico municipal, para incorporar como Norma básica, las condiciones establecidas en art. 24 del R.D.L. 7/2015, en particular en sus Normas Urbanísticas, de modo que quedase garantizado el cumplimiento, en todo caso, del principio de accesibilidad universal.

Con relación a quejas presentadas por particulares, la mayor parte de ellas derivaban de la falta de actividad municipal ante situaciones de deficiente conservación por parte de los propietarios, o de las infraestructuras municipales, que terminaban afectando a particulares colindantes o próximos. Y han sido también varios los expedientes tramitados por quejas relativas a la comprobación del cumplimiento de condiciones de Licencias otorgadas. En relación con este último aspecto, destacar las Recomendaciones formuladas al Ayuntamiento de Zaragoza (en expediente DI-1343/2015-10), al Ayuntamiento de Hues-

ca (en expediente DI-21/2016-10), al Ayuntamiento de Teruel (en expediente DI-2109/2015-10), al Ayuntamiento de Alhama de Aragón (en expediente DI-7/2016-10), y al Ayuntamiento de Uncastillo (en expediente DI-13/2016).

En materia de vivienda, destacar que durante el año 2016 se ha tramitado en esta Institución un número de expedientes inferior a los del año 2015, ya que han disminuido considerablemente las quejas referidas a Vivienda de Protección Oficial de nueva construcción porque al suprimir el Ministerio de Fomento con la Ley 4/2013, de 4 de junio, de Medidas de Flexibilización y Fomento del mercado de alquiler de viviendas, muchas de las ayudas existentes, como la subsidiación de intereses del préstamo y de sus prórrogas, no resulta de gran interés su adquisición en compraventa y la mayor demanda se dirige a la vivienda de arrendamiento. Quizás otra de las causas del descenso de quejas referidas a vivienda haya sido, que los problemas con los que se han encontrado los ciudadanos más a menudo han sido los procedimientos de desahucio por falta de pago de la renta, los lanzamientos y ejecuciones hipotecarias y la cláusula suelo, todo ello fuera de las competencias de esta Institución. No obstante, a los que se han dirigido a plantear este tipo de cuestiones, se les ha facilitado información sobre el programa de Mediación Hipotecaria, el programa de alquiler social y sobre el Convenio de colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno de Aragón, y la Federación aragonesa de Municipios, Comarcas y Provincias (FAMCP), sobre la detección de supuestos de vulnerabilidad con ocasión del lanzamiento de vivienda familiar y medidas de carácter social.

El mayor número de las quejas presentadas se han referido a la vivienda de alquiler social o a cuestiones relacionadas con esta tipología de viviendas. Las cuestiones planteadas han sido fundamentalmente, la larga espera para que se les adjudique una vivienda, o a la urgencia en ocupar una de ellas porque están pendientes de un desahucio. El programa de Zaragoza Alquila desarrollado desde el 2005 por la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, SLU, para la gestión del alquiler de viviendas propiedad de particulares para su arrendamiento a unidades de convivencia, que no teniendo necesidad de vivienda social por sus condiciones socioeconómicas, cumplían determinados requisitos para su adjudicación, mediando Zaragoza Vivienda entre inquilino y propietario con el fin de que la renta, en relación con las condiciones de la vivienda, no estuviera por encima del precio de mercado ha ido finalizando conforme se han ido cumpliendo los vencimientos de los contratos de cesión con los propietarios, como consecuencia del acuerdo adoptado en sesión de Gobierno de 4 de diciembre de 2015, lo que dio lugar a la presentación de alguna queja por parte de los inquilinos a los que no se les prorrogaba el contrato. Se ha firmado un Convenio de colaboración entre el Ayuntamiento de Zaragoza, a través de la Sociedad Municipal Zaragoza Vivienda, SLU y el Gobierno de Aragón, de fecha 25 de abril de 2016, del que deriva un

Programa de captación y movilización de vivienda vacía para ampliar el parque de vivienda social municipal en alquiler, a través de la cesión de viviendas por propietarios particulares por un periodo de tres años prorrogable por otros tres, para su arrendamiento a unidades de convivencia que se encuentren en situación de vulnerabilidad y que, por lo tanto, tengan necesidad de vivienda social. Las viviendas propiedad de Zaragoza Vivienda que estaban en el Programa Zaragoza alquila se han incorporado al nuevo Programa de Captación y Movilización de Vivienda Vacía y van a estar destinadas, en primera instancia, a los casos de emergencia habitacional y familias en situación de vulnerabilidad.

III. **CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

El número de expedientes incoados este año en materia de contratación –31– se ha visto incrementado notoriamente respecto de los registrados en el año 2015 –19–. En cualquier caso, se pone de manifiesto la necesidad de que las Administraciones, en el desarrollo de su actividad contractual, mantengan en este ámbito unos estándares suficientes de publicidad y transparencia y faciliten a los interesados todas las explicaciones precisas en evitación de situaciones de oscuridad generadoras de incertidumbre y, en ocasiones, suspicacias fácilmente evitables.

Los expedientes que concluyeron con Sugerencia en el año 2016 fueron dos: El expediente núm. 869/2016-5, en el que un ciudadano manifestaba su disconformidad con un proceso de contratación realizado por el Ayuntamiento de Calatorao. En concreto, el relativo al procedimiento negociado para la restauración del retablo de la Sagrada Familia de la iglesia de San Bartolomé. Al parecer, durante la fase de adjudicación y tras la resolución por parte del Consistorio de un recurso de reposición formulado por uno de los licitadores, el Ayuntamiento acordó la anulación de la adjudicación y la retroacción de las actuaciones del procedimiento al momento inicial, procediendo entonces a fijar unas condiciones para los licitadores que, entonces, alguno de ellos no podía cumplir, quedando por ello excluido automáticamente del proceso. El presentador de la queja aducía que la petición de los recurrentes en ningún momento había ido más allá de solicitar que se repitiera la fase de adjudicación, y que, con su actuación, el Consistorio había cambiado las reglas del juego. Tras solicitar informe al Ayuntamiento de Calatorao, el expediente concluyó con Sugerencia en la que se indicaba que, a la hora de resolver recursos, la Administración no podía ir más allá de lo que era el objeto del recurso, por cuestiones de congruencia con las peticiones de las partes. La actuación en este caso, siempre considerando que no había habido mala fe en el Ayuntamiento, sin embargo, no había sido la correcta, sugiriéndose que, ad futurum, esta forma de actuar se modificara.

Esta resolución fue parcialmente aceptada por el Ayuntamiento de Calatorao. Y, el expediente núm. 2075/2016-5, en el que un particular exponía los problemas que se encontraba para proceder a realizar el cambio de titularidad a su nombre de un bien transmitido por la Comarca de Bajo Aragón-Caspe y cuyo anterior titular había sido el Ayuntamiento de Caspe. Al parecer, el primer cambio de titularidad no se había producido, lo que dificultaba la realización del segundo, que afectaba directamente al ciudadano. Ninguna de las dos Administraciones implicadas dieron respuesta al problema, lo que motivó el dictado de Sugerencia por parte de esta Institución en la que se advertía la ausencia de óbice o dificultad alguna para la Comarca como para el Ayuntamiento para proceder a realizar su cambio de titularidad, sin que esta falta de diligencia pudiera hacerse recaer en el último comprador, que se veía perjudicado por la dejadez de las previas Administraciones propietarias. Esta Sugerencia está pendiente de respuesta.

Y en el expediente núm. 99/2016-5 se ponía de manifiesto las dificultades de algunos licitadores cuando concurrían en concursos públicos con fundaciones, centros universitarios u otras entidades que disponían en mayor o menor medida de financiación pública. De esta manera, se indicaba, las ofertas que estas podían hacer siempre serían mejores que las del resto de licitadores privados en la medida en que, a la hora de valorar sus costes, no se incluirían partidas que fueran sufragadas con financiación pública, algo que sí debía considerarse por el resto de interesados, encareciendo sus ofertas. Esta problemática se puso de manifiesto tanto ante el Gobierno de Aragón como ante el Ayuntamiento de Zaragoza, de cuyos informes resultaba la imposibilidad de excluir de los concursos a estas entidades so pena, en ese caso, de contravenir Directivas europeas y principios generales de contratación como la libertad de concurrencia. La relevancia del tema planteado nos llevó a dirigirnos al Defensor del Pueblo Europeo, que, a su vez, por considerarlo de especial interés, lo remitió a la Comisión Europea a través de la formulación de la correspondiente Query, la cual, a su vez, nos hizo llegar su respuesta.

IV. **SERVICIOS PÚBLICOS**

En materia de aguas los expedientes incoados han versado principalmente sobre problemas de abastecimiento, gestión del suministro de agua y la correcta prestación del servicio así como sobre facturación y dación de altas, bajas y cambios de titularidad del servicio.

El expediente de oficio núm. 2736/2016-5 se incoó a raíz de las noticias aparecidas en prensa sobre la suspensión del suministro de agua en Sariñena al resultar esta no apta para el consumo humano. Al parecer, este es un problema que

aparece cada cierto tiempo. Se ha solicitado informe al Ayuntamiento de Sariñena, a la Confederación Hidrográfica del Ebro y al Instituto Aragonés del Agua. El Consistorio ya ha informado sobre las causas de la mala calidad del agua de boca, manifestando su interés en adoptar las medidas necesarias para solventar el problema. En el expediente núm. 1847/2016-5 se atendió la queja de un ciudadano ante el hecho de que el Ayuntamiento de Boltaña no se hiciera cargo del arreglo de una avería de una toma de agua, situada en la vía pública. Desde el Consistorio se indicó que se procedería a averiguar dónde se encontraba la avería, manifestando que si estaba en dominio público se haría cargo de los gastos de la reparación; si, por su parte, se encontraba en dominio particular, sería el interesado el que habría de responder de ello. De esta contestación –razonada– se dio traslado al afectado, procediéndose tras ello al archivo del expediente. Por su parte, en el expediente núm. 872/2016-5 se recogió la queja de un particular que sufría un problema de inundaciones en su vivienda del municipio de Calmarza como consecuencia del mal estado de las redes de vertido. El Ayuntamiento no contestó a nuestra petición de información. Desde esta Institución, a la vista de los datos existentes, se estimó oportuno dictar Recomendación instando al Consistorio de Calmarza a llevar a cabo las actuaciones precisas para la correcta prestación de este servicio básico, evitando daños y perjuicios a vecinos. Ante esta resolución, el Ayuntamiento informó que los motivos de las inundaciones se debía a la escasa pendiente que había entre el inmueble y la depuradora a la que llegaban las aguas residuales de este; que era su voluntad hacer las obras necesarias para que esto no volviera a suceder así como que, ello no obstante, las dificultades se encontraban en el orden presupuestario. Por otro lado, se ha atendido, en el expediente núm. 1389/2016-5 a la consulta de una ciudadana que deseaba saber si un copropietario podía dar de baja el servicio de agua de un inmueble sin contar con el resto de propietarios. Desde esta Institución se le informó que no existía una normativa general que regulase este aspecto concreto sobre la gestión de las altas y bajas del servicio de abastecimiento de agua. Así, dado que la prestación del mismo es competencia municipal, como resulta del art. 42.2.l) de la Ley 7/1999, de Administración Local de Aragón, será cada municipio el que regule, a través de sus ordenanzas y reglamentos, estas situaciones. En el caso del Ayuntamiento de Tarazona –localidad mencionada en la queja–, la baja del servicio de agua, según informó el propio Consistorio, se realizó por uno de los copropietarios de la finca, dándose además la circunstancia de que este era sucesor del anterior titular del inmueble. En esta tesitura, resultaba razonable que desde el Ayuntamiento se gestionase la baja del servicio que seguía a nombre del fallecido –parece ser que eso era lo que ocurría–, evitándose así la situación anómala consistente en mantener al causante como titular de la prestación de un servicio que ya no disfruta. En este sentido, no puede olvidarse que los obligados a su pa-

go son los propietarios del bien o los usuarios del servicio, (art. 23 de la Ley de Haciendas Locales) y en el caso de los fallecidos, ya no se da ninguna de estas circunstancias. Ello no obsta para que, en la actualidad, si la interesada lo deseaba, como actual propietaria del bien ahora en situación de baja del servicio de agua potable en Tarazona, acudiese al Ayuntamiento solicitando su alta en el mismo.

En materia de transportes urbanos, el expediente núm. 110/2016-5 recogió la queja de un particular sobre lo que calificaba como «pésimo» servicio del autobús urbano para minusválidos de Zaragoza. A pesar de nuestros requerimientos de información, el Ayuntamiento no contestó sino una vez ya realizado un Recordatorio de Deberes Legales. La respuesta que tras ello llegó, por su parte, informó que además de una mejora del sistema de rampas para minusválidos y personas con movilidad reducida de los autobuses, se está planteando un servicio de taxi complementario para estos usuarios. El problema del mal funcionamiento de las plataformas de minusválidos de los autobuses urbanos también fue tratado en el expediente núm. 1412/2016-5, informando aquí también el Consistorio zaragozano en el sentido de que se iba a proceder a la instalación de nuevas plataformas en parte de la flota que todavía no contaba con ellos, además de indicar la periodicidad de las revisiones que se llevaban a cabo respecto de las mismas. La petición de que se habilitaran taxis a los que se les permitiera trasladar a más de 4 usuarios por carrera se hacía en consideración a determinados grupos sociales, como familias numerosas, que, con la regulación municipal actual del servicio de taxi de Zaragoza, que no permite llevar a más de 4 usuarios por trayecto, les obligaba a tener que desplazarse en dos taxis. Sobre esta cuestión, esta Institución ya había dictado Sugerencia en el previo expediente 2249/2014-5 en el mismo sentido que la propuesta ciudadana –de ella le remito copia–. Sin embargo, sobre esta Sugerencia el Ayuntamiento de Zaragoza no se pronunció, y a la vista de ello y de esta nueva queja, nos dirigimos a él interesando su parecer. El Consistorio contestó indicándonos que la petición sería examinada a efectos de su toma en consideración para futuras modificaciones del Reglamento regulador del servicio de taxi.

Dentro de lo que es la mejora del servicio en cuanto a frecuencias y trayectos, hemos de mencionar el expediente núm. 982/2016-5, en el que se denunciaban deficiencias en el servicio de transporte público del barrio de Arcosur. Este concluyó con un Recordatorio de Deberes Legales. Por su parte, en el expediente núm. 2136/2016-5 se ponía de manifiesto la queja de varios ciudadanos ante la supresión de las últimas paradas de la línea de autobús núm. 38 en periodo estival y los fines de semana. Esta es una línea utilizada por usuarios y visitantes del CRP Nuestra Señora Virgen del Pilar que, en los periodos indicados, se ven limitados en sus desplazamientos por la restricción de la línea núm. 38. Desde el Ayuntamiento de Zaragoza se informó que se tomaría en consideración esta petición para posibles futuras ampliaciones de la red. Igualmente, se recibieron

varias quejas relacionadas con la huelga de autobuses que en este año y durante varios meses ha padecido Zaragoza (expedientes núms. 87/2016-5, 192/2016-5, 208/2016-5, 249/2016-5, 862/2016-5 y 137/2016-5). De todas ellas se dio traslado al Ayuntamiento de Zaragoza y a AUZSA. Por su parte, el Justicia de Aragón se pronunció sobre este conflicto a la vista de su larga duración y los perjuicios que los usuarios de este medio de transporte habían de soportar. Así, se manifestó en el sentido de solicitar que se garantizase la prestación del servicio, que se ampliaran los servicios mínimos inicialmente acordados además de reclamar que se llegara a un acuerdo urgente que permitiera poner fin a la huelga.

Relacionados también con el transporte urbano y su correcto funcionamiento y prestación, nos encontramos con los siguientes expedientes: Expediente núm. 239/2016-5, en el que nuevamente se aludía a los problemas de ruido y contaminación que ocasionan los autobuses de la línea núm. 29 cuando realizan una parada de más de tres minutos sin apagar el motor en la parada de principio y fin de línea existente en camino de las Torres, en Zaragoza. Al respecto, se dictó Sugerencia interesando el cambio de ubicación de la mencionada parada, que no fue aceptada por el Ayuntamiento de Zaragoza. Expedientes núms. 440/2016-5 y 1605/2016-5 en los que se alude, nuevamente, a la inexistencia de un número de incidencias gratuito o local del servicio BIZI. La postura del Ayuntamiento de Zaragoza se mantiene en el sentido de no atender a esta petición ciudadana, reiterada a lo largo de estos últimos años y respecto de la que incluso se han llegado a dictar varias Sugerencias por parte de esta Institución. En los expedientes núms. 837/2016-5 y 839/2016-5 se denunciaban las paradas irregulares que tanto algunos autobuses de empresa como autobuses interurbanos (a Cuarte y María de Huerva) realizaban en la plaza Emperador Carlos V, de Zaragoza. Ambos expedientes concluyeron con sendas Sugerencias en las que se instaba al Ayuntamiento de Zaragoza a que, por parte de la Policía Local, se comprobase la realidad de dichas paradas, y, en su caso, se adoptasen las medidas necesarias para que ello no tuviera lugar. Estas resoluciones fueron aceptadas por el Consistorio zaragozano.

En el apartado de responsabilidad patrimonial, se ha incluido 1 expediente, el núm. 1993/2016-5. En este, un ciudadano denunciaba que el mal estado del pavimento de una calle de Cutanda le había ocasionado en su coche una avería, habiendo reclamado así al Ayuntamiento en cuestión sin que, a fecha de presentar la queja, hubiera recibido respuesta alguna del Consistorio. Este expediente pudo ser archivado satisfactoriamente, por solución del problema. También se trató de la falta de la insuficiencia de mobiliario urbano de descanso en la avenida Compromiso de Caspe, de Zaragoza. Tras constatarse que a lo largo de dicha vía se producía esta carencia y dada la elevada edad de la población del barrio en cuestión, se estimó oportuno dictar Sugerencia al Ayuntamiento de Zaragoza en el sentido de que atendieran dicha petición ciudadana. El Consistorio zara-

gozano no respondió a esta resolución, si bien somos conocedores que se han realizado algunas actuaciones dirigidas a la colocación de bancos en la avenida, aun cuando esta medida no ha sido todavía ejecutada. En el expediente núm. 981/2016-5, un particular denunciaba el mal estado en el que se encontraba el parque municipal de Almudévar. En este caso, por parte del Ayuntamiento de la localidad se reconoció este hecho y se indicó que, para proceder a una reforma integral del parque se había solicitado una subvención a la Diputación Provincial de Huesca. En el expediente núm. 2241/2016-5 se aludía a la falta de alumbrado en la calle Corona, de Nueno. Desde el Ayuntamiento se informó que se iba a proceder a la reparación de la farola afectada. En los expedientes núms. 1413/2016-5 y 2246/2016-5 se trató, respectivamente, del mal estado en el que se encontraban las calles próximas al centro de Atades existente en el barrio Oliver y de la falta de alumbrado público en algunas zonas de Valdespartera. En ambos casos, el Ayuntamiento de Zaragoza remitió sendos informes sobre el estado en el que se encontraban los espacios mencionados y, en su caso, las posibles actuaciones a realizar, de lo que se informó a los interesados.

Finalmente, hemos de hacer mención a los expedientes de oficio núm. 1644/2015-5 a 1670/2015-5, iniciados en 2015 y en los que se llevó a cabo un seguimiento de las actuaciones de supervisión y control que algunos Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma de Aragón realizan sobre las áreas de juego infantil. Al respecto, en 2016, se ha dictado Sugerencia dirigida tanto al Departamento de Educación, Cultura y Deporte como a diferentes Ayuntamientos indicando la conveniencia de que se proceda a elaborar una regulación, tanto autonómica como municipal, sobre las condiciones mínimas de seguridad a considerar en las zonas de juego infantil. Hasta ahora, de las respuestas recibidas de la administración local, ha resultado una postura favorable a esta Sugerencia (Ejea de los Caballeros, Utebo, Tarazona, Cuarte de Huerva, Caspe, La Almunia de Doña Godina, Zuera, Huesca, Almudévar, Fraga, Sariñena, Teruel, Barbastro, Binéfar, Montalbán, Andorra, Utrillas y Alcorisa). Aún quedan por contestar los Ayuntamientos de Zaragoza, Calatayud, Jaca, Monzón, Boltaña, Sabiñánigo, Calamocha, Alcañiz y Daroca.

V. **TRIBUTOS**

En materia de tasas municipales, se inició un expediente de oficio debido a la ausencia de regulación legal por parte de los ayuntamientos en los casos de fuga de agua de las tuberías o acometidas particulares y el pago de la tasa de agua.

Dichas fugas de agua, dependiendo del momento en el que son advertidas por el usuario, normalmente causan un consumo de agua muy elevado que con-

lleva, en consecuencia, un considerable aumento de la cuota de la tasa por suministro de agua potable, e indirectamente, también un desmesurado pago de la cuota del Impuesto sobre la Contaminación de las Aguas.

Los ayuntamientos consideran que como la fuga, habitualmente, se produce una vez pasado el contador, ello conlleva atribuir la responsabilidad al usuario, ya que es su obligación mantener en perfectas condiciones la instalación, pues esta se halla en su domicilio. También consideran los ayuntamientos que al haber existido el consumo, el agua debe ser pagada, pues el agua distribuida a la población le cuesta al consistorio un dinero que si no asume el ciudadano responsable deberá asumirlo el erario público, y ello no sería justo.

Los usuarios argumentan que al no haber signos externos de la fuga de agua en las viviendas, al no haber humedades o filtraciones en las que advertir la fuga de agua, hasta que no tienen conocimiento de la cuota a pagar señalada en el recibo pasado por la cuenta de la entidad financiera, no pueden siquiera suponer la existencia de una fuga de agua en la acometida privada.

Se consideró por el Justicia que los ayuntamientos deberían iniciar la reforma de sus Ordenanzas reguladoras de la tasa por abastecimiento de agua, e incluir la figura de la refacturación por avería siempre que el importe desproporcionado se deba a causas objetivas ajenas a la voluntad del usuario del servicio y que este haya actuado con la diligencia debida tanto antes como después de la detección de la avería. Todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 4.1.b) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen local que reconoce como propia de las Entidades locales la potestad tributaria, que se concreta en el establecimiento y exigencia de tributos de acuerdo con lo previsto en la legislación del Estado reguladora de las Haciendas locales, y que cada Corporación local debe ejercer a través de ordenanzas fiscales reguladoras de sus tributos propios y de las ordenanzas generales de gestión, recaudación e inspección, como prevé el art. 106.1 y 2 de la referida Ley de Bases . No se trataría de anular el recibo de agua, sino que el Ayuntamiento pudiera exigir una cuota acorde a la conducta del usuario y al coste real del suministro, no debiendo ser penalizado el ciudadano por haber realizado un consumo excesivo involuntario y aplicarse al metro cúbico consumido un precio superior.

VI. **MEDIO AMBIENTE**

Las materias que se engloban dentro de este epígrafe son variadas, debiendo hacerse referencia a las que se considera más significativas por haber recibido un mayor número de quejas relacionadas con las mismas, cuales son: las licencias

de actividad, los residuos y las actividades públicas o privadas que ocasionan molestias a la ciudadanía, principalmente, ruidos.

De forma reiterada se han venido recibiendo quejas cuyo objeto es la vulneración del derecho a la salud, concretado en el derecho al descanso, por la realización de actividades de ocio, generalmente, en horario nocturno. Así, se han dictado resoluciones en los expedientes en los que se denunciaba la actividad molesta de peñas en los bajos de los edificios, sugiriendo que ejerzan el control que por ley les corresponde para que cesen las inmisiones y se restablezca la convivencia ciudadana; en este sentido, el Ayuntamiento de Graus, aceptó la sugerencia y elaboró una Ordenanza reguladora de la convivencia ciudadana.

Las molestias producidas por el funcionamiento de los pabellones de fiestas y las carpas de propiedad municipal durante las fiestas patronales y otras y el horario prolongado (aun fijado por la autoridad competente), han sido causa de reiteradas quejas de personas que aluden a su derecho al descanso nocturno, a la buena convivencia e, incluso, a la seguridad ciudadana; al respecto, se han dictado Sugerencias dirigidas a los Ayuntamientos de Huesca, Calatayud, Zuera, Ontinar del Salz y La Puebla de Valverde, entre otros, en las que se han propuesto diferentes medidas, desde el traslado de las carpas móviles a otros lugares en los que no se pueda molestar a nadie, hasta el arbitrio de la medidas adecuadas para evitar las molestias a los residentes en las cercanías y la revisión de la fijación de horarios excesivamente prolongados y durante varios días seguidos.

Los ruidos emitidos por los equipos de sonido de establecimientos de titularidad privada son cada año el objeto de muchas de las quejas tramitadas; siendo numerosas las recibidas por el funcionamiento de locales de ocio nocturno, ubicados en zonas declaradas saturadas de bares por lo que a la ciudad de Zaragoza se refiere, que han puesto de manifiesto la necesidad de una rigurosa aplicación de la normativa para la protección del medio ambiente contra ruidos y vibraciones, habiéndose formulado varias Sugerencias al respecto al Ayuntamiento de Zaragoza y al de Alcañiz, no habiendo respondido este último a la Institución en ninguna de sus demandas. En varias ocasiones, esta Institución se ha dirigido al Ayuntamiento de Zaragoza para interesar información acerca de la legalidad de la actividad y de la existencia de denuncias de particulares y estado del trámite de las mismas; varios han sido los expedientes que se han archivado por haber comprobado la correcta actuación del Ayuntamiento de Zaragoza en la tramitación de los expedientes sancionadores y , en otros casos, por hallarse la situación objeto de la controversia en vías de solución tras la supervisión de la Institución. Por otra parte, los ruidos, peleas, y suciedad que se producen a altas horas de la madrugada en la vía pública, en las puertas y en las salidas de establecimientos de ocio son el motivo de numerosas quejas; varios son

los Ayuntamientos aludidos en estos expedientes, entre otros, los de Zaragoza, Calatayud y Alcañiz, a los que se les ha sugerido adopten las medidas adecuadas para evitar estas situaciones, implicando a la Policía Local –en el entendimiento que los servicios de patrulla son disuasorios de algunas de las conductas denunciadas– y a los servicios de limpieza e indicando la conveniencia de un mayor control del horario de cierre de dichos locales.

En materia de residuos, tal y como se informó en el Anuario del año pasado, en 2015 se incoó expediente de oficio relativo a la contaminación de suelos esteparios de alto valor ambiental por plásticos procedentes del Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos de Zaragoza (CTRUZ). Los trámites de investigación desarrollados permitieron constatar que en el entorno del CTRUZ se estaban produciendo afecciones negativas al medio ambiente, consecuencia de la existencia de gran cantidad de materiales ligeros, esencialmente plásticos provenientes de los residuos tratados, que se veían trasladados a la zona verde pública que rodea el polígono, así como a grandes distancias en los suelos esteparios próximos, el entorno del centro y en las propias instalaciones. Este hecho originaba un impacto ambiental al esparcir a grandes distancias materiales no degradables, y provocaba daños al medio ambiente con perjuicios para la flora y fauna del entorno, aparte del impacto paisajístico. A la hora de analizar la responsabilidad de la Administración en dicha situación, partíamos de que la normativa de régimen local atribuye a los municipios competencias en materia de protección del medio ambiente. La Ley de Residuos reconoce a las entidades locales la competencia para gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas. Igualmente, establece una serie de obligaciones de los gestores de residuos, cara a garantizar una adecuada protección de la salubridad y el medio ambiente. En este mismo orden de cosas, la normativa específica en materia de vertederos regula la vigilancia y control durante la explotación de los mismos previendo la obligación de la entidad explotadora de establecer un programa de control y vigilancia, comunicando al Ayuntamiento correspondiente todo efecto negativo sobre el medio ambiente y acatando y poniendo en práctica, a sus expensas, las medidas correctoras que considere procedente adoptar la autoridad competente. Por último, la ordenanza en vigor del Ayuntamiento de Zaragoza alude de manera específica a las condiciones de explotación de vertederos en el ámbito y término municipal, exigiendo el establecimiento de controles que eviten la contaminación del entorno y permitan la aplicación de medidas correctoras. En el caso concreto del CTRUZ, ubicado en el Parque Tecnológico de Reciclado López Soriano, nos encontramos ante un vertedero de titularidad municipal cuya explotación fue adjudicada a la UTE Ebro. La autorización ambiental integrada, otorgada por Resolución de 28 de junio de 2004, de la Dirección

General de Calidad Ambiental, establece en el condicionante 6 que «los residuos no peligrosos generados en las instalaciones del Complejo de Tratamiento de Residuos Urbanos de Zaragoza se gestionarán a través del depósito de rechazos modular de cola (vertedero), acondicionado de acuerdo al R.D. 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero, que queda calificado como vertedero de residuos no peligrosos». A su vez, el Condicionado 16 señala que:

> dentro del Programa Detallado de Explotación como medidas de explotación, además de las exigidas por la normativa sectorial, se contemplarán los siguientes aspectos:
>
> - Medidas para evitar la movilización en vertedero de los elementos ligeros procedentes del rechazo de los procesos de clasificación, compostaje y biometanización.
> - Procedencia, tratamiento y manejo de las tierras de cobertura y sellado.
> - Fases de explotación del vertedero, así como las medidas de sellado y desgasificación tras el agotamiento de cada fase.
> - El análisis geotécnico de estabilidad previo y la programación de estos análisis durante y tras la explotación del vertedero, así como las medidas de diseño en la explotación para garantizar la estabilidad y controlar los procesos erosivos a corto, medio y largo plazo, compatibles con la restauración y los usos del espacio tras el sellado del vertedero.

Por último, el Condicionado 17 aludía a medidas a adoptar en la explotación para garantizar la protección de la fauna y del paisaje, y señalaba lo siguiente:

- Con carácter previo al inicio del movimiento de tierras y frecuencia anual durante el funcionamiento de la instalación, se elaborarán prospecciones de la fauna afectada en el emplazamiento de las instalaciones y en su entorno inmediato, con la emisión de un informe, suscrito por técnico cualificado.
- Con carácter mensual se realizará un reconocimiento visual del entorno del vertedero para determinar la necesidad de aplicar medidas complementarias que eviten la dispersión de materiales ligeros, procediéndose en su caso a la limpieza de los mismos.

Así, la propia Autorización Ambiental Integrada para el «Complejo para el Tratamiento de Residuos Urbanos de Zaragoza» establecía una serie de medidas a adoptar por la empresa adjudicataria de la gestión y solicitante de la autorización para garantizar la protección del medio ambiente en el entorno del centro de tratamiento. Por lo expuesto, con fecha 13 de enero de 2016 se emitió resolución por la que se sugería al Ayuntamiento de Zaragoza que adoptase las disposiciones oportunas para garantizar que la empresa concesionaria de la explo-

tación del Centro de Tratamiento de Residuos Urbanos de Zaragoza, ubicado en el Parque Tecnológico de Reciclado López Soriano, establece las medidas necesarias para garantizar la protección del medio ambiente en el entorno del centro.

También en materia de competencias de entidades locales para la gestión de residuos, debemos resaltar diversas sugerencias emitidas a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de febrero de 2016 por la que se dictaminó el incumplimiento de España de la Directiva 1999/31, por la que se establecen medidas, procedimientos y orientaciones para impedir o reducir, en la medida de lo posible, los efectos negativos en el medio ambiente del vertido de residuos en 30 vertederos de residuos no peligrosos, dando así la razón a la Comisión Europea, que denunció a España ante el Tribunal de Luxemburgo. De los 30 vertederos, cinco se ubican en territorio aragonés: Somontano de Barbastro, Barranco de Sedasés, Tamarite de Litera, Alcolea de Cinca y Sariñena. Con el fin analizar las medidas adoptadas por las Administraciones implicadas para el cumplimiento de la Sentencia, garantizando con ello el principio de legalidad y la salvaguarda del interés general y el bien común, se incoaron diversos expedientes dirigidos al Departamento de Desarrollo Rural y Sostenibilidad del Gobierno de Aragón, a las Comarcas de Somontano de Barbastro, La Litera/La Llitera, Monegros, Comarca de Bajo Cinca/Baix Cinca y el Municipio de Alcolea de Cinca. En concreto, se solicitaba a las entidades locales afectadas que informasen acerca de las medidas que se habían adoptado y/o se preveían adoptar en relación con el incumplimiento de la normativa aplicable en materia de sellado de vertederos no peligrosos. De la información remitida por las entidades afectadas, a la luz de la normativa aplicable, se desprendía que corresponde a las Administraciones locales titulares de los vertederos, –a las que a su vez se han otorgado las correspondientes autorizaciones–, el desarrollo de las actuaciones preceptivas para el adecuado sellado de los mismos. No obstante, el Gobierno de Aragón señaló expresamente que «teniendo en cuenta las competencias en materia de residuos de cada una de ellas, las administraciones autonómica y local pueden colaborar en la financiación de las obras necesarias para el sellado y clausura definitiva de estos vertederos, siendo necesario concretar los principios y los términos de esta colaboración mediante la firma de un convenio, siendo de aplicación la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón y de forma supletoria la Ley 1/2011, de 10 de febrero, de Convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón». Así, la propia Administración autonómica remitió junto a su informe Anexo en el que se dejaba constancia de la situación en que se encontraba el plan de actuación previsto para la ejecución de la Sentencia del TJUE, mediante el oportuno sellado de los vertederos autorizados, en el que se deja constancia de los mecanismos de colaboración para la financiación de las actuaciones. Mecanismos que, atendiendo al coste de las operaciones a desarro-

llar y a los intereses afectados, parecían necesarios y oportunos. Por ello, se emitieron las correspondientes sugerencias, dirigidas tanto al Gobierno de Aragón como a las Comarcas de Somontano de Barbastro, La Litera/La Llitera y Los Monegros sugiriendo que se desarrollasen los mecanismos de colaboración oportunos, en el marco de las leyes 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón y 1/2011, de 10 de febrero, de Convenios de la Comunidad Autónoma de Aragón, para el efectivo sellado de los vertederos implicados, dando así cumplimiento a la Sentencia de 25 de febrero de 2016, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por otra parte, reiteradas son las quejas que hacen referencia a la petición del traslado de los contenedores de basura orgánica y de reciclado de papel, vidrio y plásticos a otros lugares menos molestos para la población, en especial, en el ámbito rural. Al respecto, y a título de ejemplo, se sugirió al Ayuntamiento de Caminreal el traslado de dichos contenedores a un lugar más adecuado para evitar molestias y olores a las personas residentes más cercanas. También merecen destacarse las quejas que alegan la falta de limpieza de las vías públicas en determinados lugares, siendo las más frecuentes, las que se refieren a la localidad de Cuarte de Huerva y Zaragoza.

Sobre ejercicio de actividad insalubre relacionada con la venta ambulante de pescado, que afectaba a vecinos de una vivienda, en una urbanización residencial, y la falta de respuesta municipal a las denuncias presentadas, formulamos Recordatorio de deberes legales y Recomendación al Ayuntamiento de Mora de Rubielos. Y sobre queja relativas a falta de información al ciudadano, por parte del Ayuntamiento de Mequinenza, en relación con actuaciones en materia de ocupación de espacios públicos por terrazas de bares situados en el entorno de lugares en los que el Ayuntamiento organiza actuaciones, en posible competencia desleal con otros establecimientos, se formuló Recordatorio de deberes legales y Recomendación a dicho Ayuntamiento.

•

La consulta de las resoluciones que se citan o de cualquier otra cuestión de interés sobre la actividad del Justicia puede efectuarse a través de la página web www.eljusticiadearagon.es, entrando en el Informe Anual 2016 (Actividad/Informes) o directamente en el enlace «Sugerencias y Recomendaciones», donde aparecen individualizadas.

Cámara de Cuentas de Aragón

Ignacio Barquero Solanes

I. INTRODUCCIÓN

La Cámara de Cuentas de Aragón emitió, en el ejercicio 2016, tres informes relacionados con el sector local aragonés:

- Informe de Fiscalización de las actuaciones del Ayuntamiento de Teruel. Ejercicio 2014.
- Informe de Fiscalización de la Diputación Provincial de Huesca. Ejercicio 2014.
- Informe de Fiscalización del Sector Público Local Aragonés. Ejercicio 2014.

Es objeto del presente documento de trabajo realizar un breve resumen de los informes en cuestión, sin que en ningún caso deba entenderse que los aspectos aquí señalados sustituyen, enfatizan, priorizan o modifican de cualquier modo las conclusiones recogidas en los mismos.

Estos informes se encuentran accesibles tanto en la página web de la Cámara de Cuentas de Aragón (http://www.camaracuentasaragon.es), como en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, y a cuya lectura nos remitimos para poder comprender de manera más profusa y detallada las fiscalizaciones realizadas.

II. FISCALIZACIÓN DEL AYUNTAMIENTO DE TERUEL. EJERCICIO 2014

1. Introducción

El Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón, en su sesión del 20 de enero de 2015, aprobó el Programa Anual de Fiscalización para el año 2015 en el que se

incluía la fiscalización de las actuaciones llevadas a cabo por el Ayuntamiento de Teruel en el ejercicio 2014 que fue aprobado por el Consejo de la Cámara en su reunión del 28 de julio de 2016.

Los objetivos de la fiscalización realizada fueron los siguientes:

- Verificar el cumplimiento legal de la rendición de la Cuenta General respecto a plazo, estructura y contenido.
- La evaluación de la regularidad del sistema de control interno.
- Comprobar la adecuación de la Cuenta General a los principios y normas contables así como a la legalidad vigente.

La auditoría financiera trata de verificar si, a juicio del auditor, los estados contables se presentan según los principios de contabilidad que le son aplicables. Su objetivo es obtener una seguridad razonable sobre si las cuentas y los estados sometidos a examen expresan, en todos sus aspectos significativos, la imagen fiel del patrimonio y de la situación financiera así como el resultado de la gestión, de acuerdo con las normas y principios de contabilidad generalmente aceptados.

Por otra parte la auditoría del cumplimiento de la legalidad trata de verificar si el organismo auditado cumple con la legalidad vigente en la gestión de los recursos públicos, componente muy importante en toda fiscalización del sector público.

2. Conclusiones de la fiscalización

El resultado de la fiscalización fue la emisión de una opinión favorable con salvedades, concluyendo por tanto que la Cuenta General del ejercicio 2014 reflejaba adecuadamente la realidad económica y financiera del Ayuntamiento de Teruel, salvo por determinados hechos y circunstancias enumerados en el informe de fiscalización.

En este sentido, también hay que destacar que la actividad económica y financiera de la entidad fue conforme al principio de legalidad, con algunas salvedades que igualmente se mencionan en el informe de fiscalización emitido.

A continuación se realiza una recapitulación de los aspectos más significativos:

A. **Rendición de la Cuenta General**

La Cuenta General del Ayuntamiento de Teruel fue aprobada por el Pleno del Ayuntamiento el 7 de septiembre de 2015 y rendida a la Cámara de Cuentas a

través de la Plataforma telemática el 18 de septiembre de 2015, dentro de los plazos legalmente establecidos.

Esta Cuenta General está integrada por la de propio Ayuntamiento, la del organismo autónomo Gerencia Municipal de Urbanismo y la de la sociedad mercantil, de titularidad íntegramente municipal, Urban Teruel, SA.

Como documentación adicional se incluye en la Cuenta la sociedad la Senda del Valadín participada en un 80,33% por el Ayuntamiento de Teruel, sociedad que se encontraba en liquidación al cierre del ejercicio 2014.

B. **Evaluación de la regularidad del control interno**

El régimen de control interno de los municipios está recogido en los arts. 213 y siguientes del Texto refundido de la Ley de Haciendas Locales (TRLHL), complementado con la normativa específica de cada área de gestión y ha de ser desarrollado por las Bases de Ejecución de los presupuestos anuales. El TRLHL delimita el control interno en una triple acepción de función interventora, función de control financiero y función de control de eficacia.

En el caso concreto del Ayuntamiento de Teruel las bases de ejecución del presupuesto del 2014, en su punto 27, regulan el control interno de su actividad económica mediante el ejercicio de la función interventora, el control financiero y el control de eficacia.

a) ***Sobre la función interventora***

Tal y como se establece en el art. 214 del TRLHL, «la función interventora tiene por objeto fiscalizar todos los actos que den lugar al reconocimiento y liquidación de derechos y obligaciones o gastos de contenido económico, los ingresos y pagos que de aquellos se deriven, y la recaudación, inversión y aplicación en general, de los caudales públicos administrados, con el fin de que la gestión se ajuste a las disposiciones aplicables en cada caso». Esta función interventora se realiza en los servicios del Ayuntamiento y en el organismo autónomo Gerencia de Urbanismo. De su análisis se han detectado las siguientes incidencias:

- En la fiscalización de los ingresos no hay constancia documental que acredite la comprobación posterior establecida en el art. 219.4 del TRLHL, igualmente regulada en la base de ejecución 27.3.
- En cuanto al control de los gastos, las bases de ejecución del presupuesto excluyen de la fiscalización previa plena los gastos de personal, las dietas, los gastos de locomoción y otras indemnizaciones, los tributos y cánones, los reconocimientos extrajudiciales de créditos, las indemnizaciones

a terceros, las transferencias corrientes y de capital y los activos y pasivos financieros.

Estos supuestos de exclusión de la intervención previa superan ampliamente los regulados en el art. 219 del TRLHL, que los circunscribe a los gastos de material no inventariable, contratos menores, así como los de carácter periódico y demás de tracto sucesivo una vez intervenido el gasto correspondiente al periodo inicial del acto o contrato del que deriven o sus modificaciones, así como otros gastos menores de 3.005,06 euros que, de acuerdo con la normativa vigente, se hagan efectivos a través del sistema de anticipos de caja fija.

- El art. 215 del TRLHL establece que «si en el ejercicio de la función interventora el órgano interventor se manifestara en desacuerdo con el fondo o con la forma de los actos, documentos o expedientes examinados deberá formular sus reparos por escrito antes de la adopción del acuerdo o resolución».

  Estos reparos planteados por la intervención pueden ser suspensivos o no suspensivos (art. 216 del TRLHL) según afecten o no a la disposición de gastos, reconocimiento de obligaciones u ordenación de pagos en los siguientes casos:

  a) Cuando se base en la insuficiencia de crédito o el propuesto no sea adecuado.
  b) Cuando no hubieran sido fiscalizados los actos que dieron origen a las órdenes de pago.
  c) En los casos de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.
  d) Cuando el reparo derive de comprobaciones materiales de obras, suministros, adquisiciones y servicios.

  Durante el ejercicio 2014 se emitieron por la intervención 26 reparos suspensivos, 25 en fase de reconocimiento de la obligación y uno en la fase de ordenación del pago; todos ellos fueron resueltos en discrepancia a favor del órgano gestor. En la mayoría de los casos se trataba de gastos facturados a la entidad que debieron haberse tramitado mediante un expediente contractual. Es decir gastos que fueron realizados por el Ayuntamiento de Teruel prescindiendo del procedimiento legalmente establecido. El procedimiento de la discrepancia, resuelto por el presidente de la corporación, para poder abonar estos gastos es incorrecto ya que debió tramitarse el oportuno expediente de reconocimiento extrajudicial de crédito, para que fuese el Pleno del Ayuntamiento el que acordase su imputación presupuestaria y

posterior abono. Adicionalmente a lo anterior se ha obtenido evidencia de que solo se ponen por escrito los reparos suspensivos que son objeto de discrepancia.

En cuanto a los reparos no suspensivos no existe un registro de los mismos. En determinados casos se incorporan a las actas de la Junta de Gobierno cuando esta trata los asuntos objeto de reparo. De la revisión efectuada por la Cámara de Cuentas de las actas de la Junta de Gobierno se ha constatado la existencia de 40 reparos no suspensivos, que corresponden en su mayoría a facturas de más de 3000 y menos de 6000 euros de servicios y suministros, recibidas por la corporación y de las que no se había tramitado expediente de contratación menor. El elevado número de estos reparos resueltos por la Junta de Gobierno evidencia que estos defectos no se subsanan y se persiste en ellos sin que se hayan adoptado medidas que eviten su reiteración.

Respecto de la comprobación material de las inversiones, las bases de ejecución del presupuesto en sus puntos 6.7 y 20.6 establecen que la asistencia de la intervención no es preceptiva, y que se efectuará por el personal técnico responsable o por el jefe del servicio que reciba los bienes, en representación de la Intervención General. Esta regulación contradice lo establecido en el art. 136 de la Ley Reguladora de Bases del Régimen Local y en el art. 214 del TRLHL, que reservan la función interventora dentro de la cual se incluye la actividad de comprobación material de las inversiones a la Intervención General.

b) *Sobre el control financiero y de eficacia*

Regulado en el art. 221 del TRLHL el control financiero tiene por objeto informar acerca de la adecuada presentación de la información financiera, del cumplimiento de las normas y directrices que sean de aplicación y del grado de eficacia y eficiencia en la consecución de los objetivos previstos.

En las bases de ejecución del presupuesto se regula en su punto 27 condicionando su realización a la existencia de personal suficiente en la Intervención; circunstancia esgrimida por la intervención para no efectuar este control.

No obstante lo anterior, deberían instaurarse los procedimientos y dotar los medios necesarios para que la Intervención pueda llevar a cabo todas las labores de control exigidas por la legislación vigente, independientemente de la realización de auditorías financieras externas en las sociedades mercantiles.

C. Balance de situación

ACTIVO 2014	
A. **ACTIVO NO CORRIENTE**	**115.783**
Inversiones destinadas a uso general	3.544
Inmovilizaciones inmateriales	788
Inmovilizaciones materiales	95.213
Patrimonio público del suelo	14.614
Inversiones financieras permanentes	1.621
Deudores no presupuestarios a largo plazo	2
C. **ACTIVO CORRIENTE**	**8.051**
Deudores	5.303
Tesorería	2.444
TOTAL ACTIVO	**123.834**

PATRIMONIO NETO Y PASIVO 2014	
A. **PATRIMONIO NETO**	**88.887**
Patrimonio	79.127
Resultados de ejercicios anteriores	2.472
Resultados del ejercicio	7.289
D. **ACREEDORES A LARGO PLAZO**	**23.184**
Deudas a largo plazo	23.184
E. **ACREEDORES A CORTO PLAZO**	**11.763**
Deudas a corto plazo	7.054
Acreedores	4.708
TOTAL PASIVO	**123.834**

Datos en miles de euros

a) *Inventario de bienes*

La regla 6 de la Instrucción del modelo normal de Contabilidad Local del ejercicio 2003 (ICAL 2003) establece que si no existe la necesaria coordinación entre la contabilidad y el Inventario General, la entidad deberá contar con un inventario específico, de carácter contable, para detallar individualmente su inmovilizado.

En la nueva Instrucción del modelo normal de contabilidad local del ejercicio 2013 (ICAL 2013), que entró en vigor en el ejercicio 2015 y por lo tanto no era de aplicación en el ejercicio fiscalizado, no existe una delimitación tan precisa de la interconexión entre estos inventarios; si bien en su regla 12 establece que el sistema de información contable tiene por objeto registrar todas las operaciones de naturaleza presupuestaria, económica, financiera y patrimonial que se produzcan en el ámbito de la entidad contable, y en el caso concreto que nos ocupa, registrar las operaciones relativas a la gestión y control del inmovilizado material e intangible, de las inversiones inmobiliarias, del patrimonio público del suelo, de las inversiones financieras y del endeudamiento, incluidos los avales concedidos por la entidad.

Por su parte el Inventario General de Bienes de las Entidades Locales Aragonesas, está regulado en el art. 86 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigen-

tes en materia de régimen local, y en los arts. 17 a 36 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (RBEL), en el art. 175 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón (LALA), y en los arts. 25 a 42 del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón (REBASO).

Los trabajos de fiscalización han puesto de manifiesto que no existe una concordancia entre el inventario contable y el inventario general o patrimonial (que deberían ser el mismo o estar debidamente interconectados) y que presentan diferencias entre ellos ya que existen bienes que no están debidamente registrados en este último. El valor en libros del inventario contable era de 197.600 miles de euros frente a los 122.046 reflejados en el inventario patrimonial lo que arroja una diferencia de 75.641 miles de euros.

El ayuntamiento de Teruel no amortiza su inmovilizado (incumpliendo la regla 18 de la ICAL 2003 que obliga a la amortización sistemática de los bienes durante toda su vida útil) ni el inventario contable facilita los datos necesarios para su cálculo a 31 de diciembre de 2014. Sin embargo, la información sobre los bienes que consta en el Inventario Patrimonial proporciona la información necesaria para realizar dicho cálculo, que se ha cuantificado por la Cámara de Cuenta en 18.265 miles de euros. Este importe debe tomarse como un mínimo ya que como se ha mencionado en el apartado anterior el inventario patrimonial no recoge la totalidad de los bienes recogidos en el inventario contable.

b) ***Inmovilizado financiero***

El inmovilizado financiero recoge el valor de las participaciones en el capital social de las sociedades Urban Teruel, SA (100%), Tele-Teruel, SA (30%), Platea Gestión, SA (10%) y La Senda del Vallobín, SA (80%).

Tanto en la ICAL 2003 como en la nueva ICAL 2013, las participaciones en el capital social de sociedades no negociadas en un mercado activo, como es el caso, deben valorarse inicialmente por los desembolsos realizados para su adquisición y al menos al cierre del ejercicio deben calcularse las correcciones valorativas o deterioros que procedan en función del valor de su patrimonio neto corregido, en su caso, por las plusvalías tácitas existentes.

De los trabajos de fiscalización se ha comprobado que las inversiones financieras estaban sobrevaloradas en 88 miles de euros.

c) ***Deudores***

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introdujo el art. 193 bis en el TRLHL que impone a las

Entidades Locales el deber de informar, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y a su Pleno, de los derechos de cobro de difícil o imposible recaudación, estableciendo un importe mínimo para calcular los mismos en función de la antigüedad de los derechos pendientes de cobro.

Derechos pendientes de cobro a 31 de diciembre del ejercicio X que se generaron en el	% que se estiman son de difícil o imposible recaudación
Ejercicio X (actual)	—
Ejercicio X-1	25%
Ejercicio X-2	25%
Ejercicio X-3	50%
Ejercicio X-4	50%
Ejercicio X-5	75%
Ejercicio X-6 y anteriores	100%

Resultado de aplicar este artículo, el ayuntamiento de Teruel estimó una provisión para insolvencias de 1446 miles de euros.

No obstante, esta provisión de insolvencias o cuantificación de los derechos pendientes de cobro de difícil o imposible recaudación tiene el carácter de mínimo. Es por ello que para calcular el importe efectivo de la provisión hay que acudir a la regla 60 de la ICAL 2003 (actualmente ICAL 2013) y al art. 103 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos.

- La regla 60 de la ICAL 2003 establece dos procedimientos para calcular la provisión por insolvencias: en primer lugar un estudio individualizado de los saldos pendientes de cobro a fin de analizar la posible insolvencia de los mismos, y en segundo lugar una dotación global basada en criterios generales que se realizará a fin de cada ejercicio sobre aquellos saldos que no hubieran sido objeto de análisis individualizado.
- Por su parte el art. 103 del Real Decreto 500/1990 establece que «para determinar los derechos de difícil o imposible recaudación se deberán tener en cuenta la antigüedad de las deudas, el importe de las mismas, la naturaleza de los recursos de que se trate, los porcentajes de recaudación tanto en período voluntario como en vía ejecutiva y demás criterios de valoración que de forma ponderada se establezcan por la Entidad local».

Siguiendo estos criterios la provisión por insolvencias o derechos pendientes de cobro de difícil o imposible recaudación debió ascender a 2084 miles de euros por lo que el cálculo del Ayuntamiento de Teruel estaba infradotado en 638 miles de euros.

d) ***Provisiones por responsabilidades***

La regla 62 de la ICAL 2003 establece que debe dotarse una provisión para responsabilidades si estas tienen una probabilidad alta de producirse; entre ellas las procedentes de litigios en curso y las indemnizaciones y obligaciones de cuantía indeterminada.

De los trabajos de fiscalización se ha detectado una sentencia judicial firme pendiente de ejecución, que condena al Ayuntamiento de Teruel a abonar una indemnización por 1651 miles de euros que no estaba provisionada al cierre del ejercicio 2014.

e) ***Endeudamiento***

El apartado 6 del art. 3 del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, establece que «si la entidad local hubiere presentado en el ejercicio 2013 ahorro neto negativo o endeudamiento superior al 75 por ciento de sus ingresos corrientes liquidados en el ejercicio inmediato anterior, en los términos definidos en la disposición final trigésima primera de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, la entidad local, mediante acuerdo de su Pleno, deberá aprobar un plan de saneamiento financiero o de reducción de deuda para corregir, en un plazo máximo de cinco años, el signo del ahorro neto o el volumen de endeudamiento, respectivamente».

En 2013 el Ayuntamiento de Teruel presentaba un nivel de endeudamiento del 123,9%, por lo que el 3 de noviembre de 2014 aprobó el Pleno un Plan de reducción de deuda hasta el 102,08% o al 97,94% en función de la inclusión o no de los entes dependientes. La deuda viva al 31 de diciembre de 2014 ha ascendido al 109,45% y al 98,67% respectivamente, por lo que pese a no haberse cumplido los objetivos señalados en el Plan de ajuste elaborado por el Pleno sí ha cumplido con la normativa.

f) ***Acreedores***

La cuenta 413, obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto no recoge en su saldo final todas las facturas correspondientes a gastos devengados en el ejercicio pendientes de imputar al presupuesto. Así, se ha comprobado que en el ejercicio 2015 fueron objeto de reconocimiento extrajudicial de crédito facturas

por importe de 101 miles de euros que debían haberse contabilizado al 31 de diciembre de 2014.

D. **Ejecución presupuestaria**

Una debilidad de la información recogida en la Cuenta General del Ayuntamiento es que no existe registro ni control de los gastos plurianuales, por lo que no se puede determinar qué parte del presupuesto para ejercicios futuros se encuentra comprometido por estos gastos.

E. **Actividad contractual**

El informe aflora numerosas debilidades tanto en la justificación de la necesidad de contratar, como en el cálculo del valor estimado de los contratos y en el procedimiento a utilizar. Igualmente en algunos contratos el objeto no está debidamente definido y en otros casos los criterios de valoración de las ofertas no son suficientemente concretos utilizándose subcriterios de valoración no establecidos previamente en los pliegos.

Igualmente se han detectado defectos en la ejecución de los contratos relativos al incumplimiento de los plazos o la falta de entrega de documentación.

F. **Actividad subvencionadora**

En el ejercicio 2014 el ayuntamiento de Teruel no disponía de un plan estratégico de subvenciones en el que se identificaran los objetivos y los efectos que se pretendieran lograr con su aplicación, así como el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, incumpliendo así lo establecido en el art. 8.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS).

En cuanto al procedimiento de concesión, el 42% de las subvenciones se concedieron de forma directa sin que quedaran acreditadas las razones que justifican la no aplicación de los principios de concurrencia competitiva.

Adicionalmente el Ayuntamiento no comprueba si los solicitantes de subvenciones cumplen los requisitos establecidos en el art. 13 de la LGS para obtener la condición de beneficiario. Tampoco consta la acreditación del beneficiario de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y de la Seguridad Social tal y como establecen los arts. 14.1.e) y 34.5 de la LGS.

G. **Registro contable de facturas**

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público crea en su art. 8 el registro contable de facturas al establecer que «cada uno de los sujetos inclui-

dos en el ámbito de aplicación de esta Ley, dispondrán de un registro contable de facturas que facilite su seguimiento, cuya gestión corresponderá al órgano o unidad administrativa que tenga atribuida la función de contabilidad» y que «dicho registro contable de facturas estará interrelacionado o integrado con el sistema de información contable». Registro contable que deberá estar en funcionamiento desde el 1 de enero de 2014.

Por su parte la Orden HAP 492/2014, de 27 de marzo regula los requisitos funcionales y técnicos del registro contable de facturas de las entidades del ámbito de aplicación de la Ley 25/2013.

El Ayuntamiento de Teruel dispone en 2014 de un registro contable de facturas, gestionado por la Intervención e incardinado en el sistema contable. Sin embargo los trabajos de auditoría han detectado, en determinadas ocasiones, una elevada dilación entre la fecha de factura y el registro de la misma, circunstancia que no ha sido explicada y que debe corregirse.

III. **FISCALIZACIÓN DE LA DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE HUESCA. EJERCICIO 2014**

1. **Introducción**

El Consejo de la Cámara de Cuentas de Aragón, en el ejercicio de la función fiscalizadora que le atribuye el art. 112 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en sesión celebrada el día 7 de junio de 2016, aprobó el informe de fiscalización de la Diputación Provincial de Huesca, ejercicio 2014.

Los objetivos y el alcance de la fiscalización realizada fueron los siguientes:

- Verificar el cumplimiento legal de la rendición de la Cuenta del ejercicio 2014 respecto a plazo, estructura y contenido.
- Comprobar la adecuación de la Cuenta del Ayuntamiento a los principios y normas contables que garantizan la imagen fiel de la situación patrimonial y financiera.
- La evaluación del sistema de control interno.
- Analizar la ejecución presupuestaria expresada en el estado de liquidación del presupuesto, atendiendo especialmente a la regularidad de las modificaciones presupuestarias realizadas, gastos plurianuales y remanente de tesorería.
- Analizar las actividades contractual y subvencionadora a través de los capítulos de gastos del presupuesto.

- Verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, control de la deuda comercial y lucha contra la morosidad de las Administraciones Públicas y establecimiento del registro contable de facturas.

2. Conclusiones de la fiscalización

La Cuenta General de la Diputación Provincial de Huesca correspondiente al ejercicio 2014 fue examinada por la Cámara de Cuentas de Aragón con el alcance señalado en el apartado anterior y excepto por las salvedades planteadas en el informe no presenta deficiencias significativas que impidan afirmar que reflejan adecuadamente la realidad económica y financiera.

Igualmente revisado el cumplimiento de legalidad en el marco de los objetivos y el alcance descritos, la actividad económica y financiera de la Diputación Provincial de Huesca en el ejercicio 2014 en opinión de la Cámara de Cuentas de Aragón es conforme al principio de legalidad, con las salvedades mencionadas en el informe.

En los apartados siguientes se realiza una exposición resumida de las salvedades más significativas enumeradas en el informe de fiscalización.

A. **Rendición de la Cuenta General**

La Cuenta General de la Diputación de Huesca del ejercicio 2014 se rindió dentro del plazo legalmente establecido el 23 de septiembre de 2015 y con todos los requisitos documentales exigidos.

Únicamente se detectó que no se incluían las memorias demostrativas del grado de cumplimiento de los objetivos programados, por lo que no ha podido evaluarse su cumplimiento.

B. **Control interno**

La actividad de control interno realizada por la intervención se realiza mediante una fiscalización previa limitada que abarca comprobaciones más amplias y exhaustivas de las que señalan las Bases de Ejecución.

La intervención ha realizado 532 informes de fiscalización a lo largo del ejercicio 2014. Entre estos había 41 informes desfavorables con reparos suspensivos referidos en la mayoría de los casos a la tramitación de subvenciones:

- En las subvenciones de concesión directa se informa negativamente sobre la insuficiente justificación de las razones que impiden la convocatoria pública, la falta de concreción en el importe subvencionado y su justificación.

- Por su parte, en las subvenciones concedidas en concurrencia competitiva, los reparos se refieren a defectos de concreción en la convocatoria de los distintos requisitos legales, defectos en las solicitudes y en el establecimiento y posterior aplicación de criterios de valoración

Reparos todos ellos que han sido subsanados por los centros gestores.

En la fiscalización de los ingresos, al ser la Intervención el órgano que registra y contabiliza los ingresos y formula las correspondientes cuentas, no se está realizando un control posterior de los mismos.

Tampoco consta la asistencia de la intervención a las comprobaciones materiales de las inversiones realizadas, limitándose a comprobar en la fiscalización del expediente que esta comprobación ha sido realizada por parte de los servicios gestores.

En el ejercicio 2014 el Pleno de la Diputación aprobó 33 expedientes de reconocimiento extrajudicial de créditos por un importe global de 273 miles de euros que suponen el 3,5% del importe total de la obligaciones reconocidas netas en el capítulo 2 del presupuesto de gastos. La naturaleza de los gastos se corresponden con servicios de prensa y publicidad, servicio de alquiler y copias impresas de las máquinas fotocopiadoras, transporte y material de oficina.

La figura del reconocimiento extrajudicial de créditos se regula en los arts. 26 y 60.2 del Real Decreto 500/1990, de 20 de abril por el que se desarrolla el capítulo primero del título sexto de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en materia de presupuestos, como una excepción a los principios de especialidad cualitativa, cuantitativa y temporal de los créditos presupuestarios. Esta excepcionalidad no puede derivar en un uso reiterado de la misma, tal y como realiza la Diputación Provincial de Huesca, ya que pone de manifiesto la existencia de irregularidades en la tramitación de los gastos y en la contratación realizada por la entidad sin que se ponga solución a las mismas. Hay que recordar que el reconocimiento extrajudicial de crédito es un procedimiento que está convalidando actos nulos de pleno derecho, con el fin de evitar el enriquecimiento injusto de la administración que debe abonar los servicios y bienes recibidos de proveedores que actuaron de buena fe, pero ello no es impedimento, o no debiera serlo, para que se depuren las responsabilidades pertinentes que dieron lugar a la concertación de operaciones de gasto sin haber seguido los procedimientos legalmente establecidos.

C. **Registro contable de facturas**

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contables de facturas en el Sector Público crea en su art. 8 el registro contable de facturas.

Si bien, según la normativa anterior, este registro contable debía estar operativo desde el 1 de enero de 2014, no ha sido hasta el ejercicio 2015 cuando la Diputación Provincial de Huesca ha implementado el mismo.

D. **Contabilidad**

a) ***Administración de los recursos de otros entes*** **(*ROE*)**

La Diputación Provincial de Huesca tenía firmados en 2014, 204 convenios de colaboración con Entidades Locales (201 ayuntamientos y 3 comarcas) mediante los que se delegan a la Diputación las facultades de gestión, liquidación y recaudación de tributos e ingresos de Derecho Público.

El importe contabilizado asciende a 42.459 miles de euros constituyendo, junto con las inversiones gestionadas y el saldo de tesorería, la masa patrimonial más significativa del balance siendo su desglose el siguiente:

NÚM. CUENTA	DESCRIPCIÓN	IMPORTE
450	Deudores por derechos reconocidos de recursos de otros entes	42.459
456	Entes públicos c/c en efectivo	510
452	Acreedores por administración de recursos de otros entes públicos	(42.459)
5543	Cobros pendientes de aplicación (ROE)	(12.066)

La contabilización de estos recursos gestionados por la DPH no se realiza adecuadamente ya que se usan asientos globales realizados al cierre del ejercicio, en base a la documentación proporcionada por Tesorería, y no a medida que se van produciendo el reconocimiento y la liquidación de los derechos así como los pagos de entregas a cuenta y las liquidaciones realizadas.

Ello supone que la contabilidad no refleja debidamente esta gestión, debiéndose recurrir a información adicional que detalle todos los hechos producidos en la gestión de los ROE. Adicionalmente se han detectado diferencias entre los datos contables y los de Tesorería.

A este respecto, la Diputación Provincial de Huesca ha comunicado a la Cámara de Cuentas que en el ejercicio 2015, con el cambio de modelo contable establecido en la regla 32.1.a) de la Orden HAP/1781/2013, de 20 de septiembre, por la que se aprueba la Instrucción del modelo normal de contabilidad local, realiza la contabilidad ROE con la periodicidad con la que se recauda.

b) ***Endeudamiento***

El endeudamiento de la Diputación Provincial de Huesca al 31 de diciembre de 2014 ascendía a 31.841 miles de euros, de los que 24.111 miles de euros eran

con entidades de crédito y 7730 miles de euros correspondían a la deuda mantenida con el Estado por las liquidaciones negativas del sistema de financiación de los ejercicios 2008 y 2009.

Como única incidencia se ha detectado que la Diputación Provincial de Huesca no calcula los intereses devengados y no vencidos al cierre del ejercicio cuyo importe debería ascender a 19 miles de euros.

c) ***Acreedores***

La cuenta 413, obligaciones pendientes de aplicar al presupuesto, no recoge en su saldo final todas las facturas correspondientes a gastos devengados en el ejercicio pendientes de imputar al presupuesto. Así se ha comprobado que en el ejercicio 2015 fueron objeto de reconocimiento extrajudicial de crédito facturas por importe de 99 miles de euros y que debían haberse contabilizado al 31 de diciembre de 2014.

d) ***Presupuesto y ejecución presupuestaria***

El presupuesto de la Diputación Provincial de Huesca del ejercicio 2014 fue aprobado el 20 de enero de 2014 con unas previsiones de ingresos y gastos de 71.089 miles de euros.

La ejecución presupuestaria consolidada de la Diputación y sus entes dependientes ha recogido unos derechos liquidados de 64.132 miles de euros y unas obligaciones reconocidas netas de 71.092 miles de euros.

En el presupuesto y en el estado de liquidación de gastos, el Plan Provincial de Cooperación se ha incluido en el capítulo VI de inversiones reales pese a tratarse de subvenciones concedidas a Entidades Locales por lo que deberían haberse contabilizado como transferencias de capital en el capítulo VII del presupuesto de gastos. El importe asciende a 8830 miles de euros.

E. **Actividad contractual**

En conjunto, la tramitación individual de los procedimientos de contratación no adolece de problemas graves, aunque sí se producen algunas debilidades en la planificación anual de los créditos de aquellos contratos cuya duración excede de un año y en la debida motivación de la necesidad de realizar los distintos contratos, respecto a lo que destaca la falta de un análisis de costes que sustente el contrato que se propone, especialmente en aquellos de importante volumen económico.

Los trabajos de fiscalización han detectado incidencias en el desarrollo de diversos contratos calificados como de emergencia, por lo que se recomienda un

uso correcto de este procedimiento excepcional. El informe también pone de relieve defectos en la justificación de determinados gastos de carácter corriente y de menor importe correspondientes a indemnizaciones por razón del servicio y atenciones protocolarias.

F. **Actividad subvencionadora**

En el ejercicio 2014 la Diputación Provincial de Huesca no disponía de un plan estratégico de subvenciones en el que se identificaran los objetivos y los efectos que se pretendieran logar con su aplicación, así como el plazo necesario para su consecución, los costes previsibles y sus fuentes de financiación, incumpliendo así lo establecido en el art. 8.1 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones (LGS).

En el área de subvenciones, en relación con los procedimientos de convocatoria pública, se recomienda un mayor cuidado en los procesos de valoración de las solicitudes, la verificación de los requisitos que deben reunir los beneficiarios y la comprobación de la justificación de la actividad subvencionada.

Las subvenciones que de la forma prevista legalmente se otorgan de forma directa no requieren convocatoria; no obstante, la Cámara de Cuentas insiste en que en todo caso debe existir una adecuada justificación de las razones que motivan esa falta de convocatoria, exhortando a que se restrinja la utilización de este procedimiento, dado el carácter de singular que la Ley le otorga, en aras de una mayor publicidad y concurrencia en la actuación subvencionadora de la Diputación.

IV. **FISCALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO LOCAL ARAGONÉS. EJERCICIO 2014**

1. **Iniciativa**

La Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, determina que corresponde a la Cámara, entre otras funciones, la fiscalización de las Entidades Locales de la Comunidad Autónoma y de sus organismos públicos y del resto de los organismos, consorcios, empresas, fundaciones, asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia en los que las entidades integrantes del sector público local tengan participación mayoritaria o dominio efectivo, directo o indirecto, independientemente de que se rijan por el derecho público o privado.

A los efectos de su fiscalización, el art. 10.2 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, establece que las Entidades Loca-

les deberán rendir sus cuentas a la Cámara antes del 15 de octubre del año siguiente al que correspondan las cuentas rendidas.

En virtud de lo anterior, todos los ejercicios la Cámara de Cuentas de Aragón emite un informe sobre el sector público local aragonés donde se realiza un seguimiento del censo de entidades locales aragonesas verificando su grado de cumplimiento de la obligación de rendir cuentas y analizando las principales magnitudes presupuestarias, económicas y financieras. En el ejercicio 2016 se emitió el informe de fiscalización sobre el sector público local aragonés del ejercicio 2014, en cumplimiento del programa de fiscalización de la Cámara de Cuentas de Aragón para el ejercicio 2015, aprobado por su Consejo en sesión de 21 de junio de 2016 cuyas principales conclusiones se resumen a continuación.

2. Censo de las entidades locales aragonesas

El sector público local aragonés, a 1 de enero de 2014, estaba integrado por 867 entidades principales (731 municipios, 48 mancomunidades, 43 entidades locales menores, 10 consorcios y 3 diputaciones provinciales), de las que dependían 150 entidades (55 organismos autónomos y 95 sociedades mercantiles).

Entes principales		Entes dependientes			
Tipo ente principal	Núm.	Organismos autónomos	Sociedades mercantiles	Total	Total
Ayuntamiento	731	49	81	130	861
Entidad Local Menor	43	–	1	1	44
Diputación Provincial	3	3	5	8	11
Comarca	32	3	5	8	40
Mancomunidad	48	–	2	2	50
Consorcio	10	–	1	1	11
Total	**867**	**55**	**95**	**150**	**1.017**

De los 731 municipios tan solo 25 tenían una población superior a 5000 habitantes, pero agrupaban al 75% de la población total de Aragón que a 1 de enero de 2014 era de 1.325.385 habitantes. Este dato unido al hecho de que el 50% de la población reside en Zaragoza pone de manifiesto el gran problema de despoblación que sufren la inmensa mayoría de los municipios aragoneses, aspecto más preocupante si cabe por su gran extensión al ser la cuarta comunidad española de mayor tamaño (47.720 m^2, que representan el 9,4% del territorio español), pero que tan solo posee el 2,8% de la población española. Datos que

ponen de relieve el despoblamiento de Aragón ya que si se descuenta la población de Zaragoza, la densidad media de la Comunidad Autónoma se situaría en los 14 habitantes por kilómetro cuadrado muy próxima a los 10 habitantes por kilómetro cuadrado considerados como desierto poblacional.

Conclusión directa de lo anterior es que los municipios aragoneses se caracterizan por ser de muy reducida población tal como pone de manifiesto el siguiente cuadro que presenta su distribución por tramos de población:

POBLACIÓN	NÚMERO DE MUNICIPIOS	% MUNICIPIOS SOBRE TOTAL	POBLACIÓN	% POBLACIÓN SOBRE TOTAL
Más de 100.000	1	0,14%	666.058	50,25%
De 10.001 a 100.000	12	1,64%	245.305	18,51%
De 5.001 a 10.000	10	1,37%	78.299	5,91%
De 1.001 a 5.000	90	12,31%	186.367	14,06%
De 501 a 1.000	86	11,76%	58.174	4,39%
De 101 a 500	359	49,11%	81.056	6,12%
De 1 a 100	173	23,67%	10.126	0,76%
TOTAL	731	100,00%	1.325.385	100,00%

3. Rendición

Las Entidades Locales aragonesas, de acuerdo con los arts. 212 y 223, apdos. 2 y 4 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, y el art. 10.2 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón, deben rendir sus cuentas a la Cámara de Cuentas de Aragón antes del 15 de octubre del año siguiente al que correspondan las cuentas rendidas.

En cuanto al procedimiento de rendición, las instrucciones de contabilidad prevén la posibilidad de que los órganos de control externo establezcan procedimientos de envío a través de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, si bien en todo caso ha de quedar garantizada la autenticidad, integridad y conservación de la información contable que se rinda, así como su recepción por el órgano destinatario.

En virtud de lo anterior la Cámara de Cuentas de Aragón, de acuerdo con el convenio suscrito con el Tribunal de Cuentas, aprobó la instrucción 1/2011, de 28 de abril, relativa al formato de la cuenta general de las Entidades locales en soporte informático y al procedimiento telemático para su rendición (*BOA*, 148, de 28 de julio de 2011). Instrucción que ha sido recientemente modificada por

la Instrucción 3/2015, de 29 de diciembre por la que se regulan la rendición telemática de la cuenta general de las entidades locales y el formato de dicha cuenta, a partir de la correspondiente al ejercicio 2015 para adaptar la anterior a las Instrucciones de Contabilidad para la Administración Local, modelos Normal y Simplificado, aprobadas por las Órdenes HAP/1781/2013 y HAP/1782/2013, de 20 de septiembre.

La remisión telemática se realiza a través de la Plataforma de Rendición de Cuentas de las Entidades Locales (www.rendiciondecuentas.es), una aplicación web para la recepción, gestión, examen y explotación de las cuentas rendidas creada por el Tribunal de Cuentas y a la que se adhirió la Cámara de Cuentas de Aragón mediante el convenio firmado por ambas Instituciones el 28 de abril de 2011. De esta forma, mediante un acto único, las Entidades Locales rinden sus cuentas a ambas instituciones de control externo. Esta Plataforma ha permitido la publicación de las cuentas desde 2011 ofreciendo a los ciudadanos y a cualquier interesado un acceso sencillo y directo a la referida información a través de la página web www.rendiciondecuentas.es.

Tipo de entidad / población	Núm. total de entidades del censo	Entes que rindieron en plazo legal (antes del 15/10/2015)		Entes que rindieron a 31/12/2015	
		Núm.	% sobre total del censo	Núm.	% sobre total del censo
Ayuntamientos	731	491	49,70%	638	87,28%
Más de 100.000	1	1	100,00%	1	100,00%
De 10.001 a 100.000	12	10	83,33%	11	91,67%
De 5.001 a 10.000	10	5	50,00%	9	90,00%
De 1.001 a 5.000	90	64	71,11%	87	96,50%
De 501 a 1.000	86	64	74,42%	79	91,86%
De 101 a 500	359	240	66,85%	314	87,48%
De 1 a 100	173	107	61,85%	137	79,19%
Entidades Locales Menores	43	21	48,84%	34	79,07%
Diputación Provincial	3	3	100,00%	3	100,00%
Comarcas	32	24	75,00%	32	100,00%
Mancomunidades	48	21	43,75%	27	56,25%
Consorcios	10	4	40,00%	5	50,00%
TOTAL	**867**	**564**	**65,05%**	**739**	**85,24%**

En el plazo legal (antes del 15 de octubre de 2015) 564 entidades (un 65,05% del censo) habían rendido su Cuenta General del año 2014 ante la Cámara de Cuentas. A 31 de diciembre de 2015, fecha de cierre de los trabajos de realización del informe, 739 entidades locales las habían rendido sus cuentas (un 85,24% del censo).

El cumplimiento de rendición de cuentas ha sufrido un leve retroceso en el ejercicio 2014, situándose en el 65% de rendición en el plazo legal.

	RENDICIÓN EN PLAZO					RENDICIÓN HASTA EL 31 DE DICIEMBRE				
	2010	2011	2012	2013	2014	2010	2011	2012	2013	2014
Nº entidades	307	125	609	581	564	423	661	783	581	739
Porcentaje	34,97%	48,57%	69,44%	66,48%	65,05%	56,49%	75,54%	89,28%	86,61%	85,24%

En atención a la ya comentada especial distribución demográfica de Aragón, donde solo 13 de los 731 municipios superan los 10.000 habitantes, se hace necesario poner la rendición de los Ayuntamientos en relación con su población, ascendiendo así la rendición a un 96,05% de la población representada por estos.

	TOTAL		RENDICIÓN A 31/12/2015			
POBLACIÓN	NÚM.	POBLACIÓN	NÚM.	% AYUNTS.	POBLACIÓN	% POBLACIÓN RENDIDA
Más de 10.000	13	911.363	13	92,31%	895.030	98,21%
De 5000 a 10.000	10	78.299	9	90,00%	70.557	90,11%
Menos de 5000	708	335.723	617	87,15%	307.449	91,58%
TOTAL	**731**	**1.325.385**	**638**	**87,28%**	**1.273.036**	**96,05%**

Contrariamente a lo que podría pensarse, no son los ayuntamiento de menor dimensión los que porcentualmente presentan peores niveles de rendición, sino los 10 situados en el rango de población de entre 5000 y 10.000 habitantes.

Una vez recepcionadas telemáticamente las cuentas rendidas, se realizaron las comprobaciones pertinentes para verificar que cada cuenta general contenía todos los archivos relacionados en la mencionada Instrucción 1/2011 efectuando un análisis de la coherencia interna de la información remitida.

Este análisis de la integridad y coherencia interna de las cuentas rendidas, realizado por la Cámara de Cuentas de Aragón mediante aplicativos informáti-

cos, no debe confundirse con la realización de una auditoría o fiscalización de regularidad (financiera y de cumplimiento) que es lo que se realizó en el informe del Ayuntamiento de Zaragoza anteriormente descrito.

4. Principales magnitudes presupuestarias, económicas y financieras

Para realizar el análisis de las principales magnitudes presupuestarias, económicas y financieras, se agregó la información contable contenida en las cuentas rendidas hasta el 31 de diciembre de 2015 con la finalidad de que este análisis englobase la mayor cantidad posible de entes, pero sin que la emisión del informe se demorase en exceso.

Obviamente este análisis agregado presentó una serie de limitaciones ajenas a la Cámara de Cuentas, y que conviene tener muy presentes para poder interpretar correctamente el mismo.

- En primer lugar, debido a los incumplimientos de la obligación legal de rendición de determinados entes, la información suministrada no era completa ya que los estados agregados no incluyeron a la totalidad de las entidades locales ni sus entes dependientes. No se pudieron incorporar los datos de aquellas entidades que no habían presentado sus cuentas el 31 de diciembre de 2015.
- La información suministrada por la Cámara de Cuentas hacía referencia a datos agregados debido a que los entes públicos no presentan sus estados consolidados, lo que hubiera requerido la eliminación de las operaciones realizadas entre el ente principal y sus dependientes.
- No se incluyeron las cuentas de las fundaciones dependientes de las entidades analizadas, cuya contabilidad ha de ajustarse a las normas de adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos, ni las de las sociedades mercantiles o consorcios cuya dependencia de alguna entidad local no era mayoritaria.

A. Presupuesto de gastos e ingresos

Las obligaciones reconocidas netas (ORN) o volumen de gasto presupuestario, de las entidades locales aragonesas en 2014 ascendió a 1797 millones de euros y los derechos reconocidos netos (DRN), o ingresos presupuestarios, a 1825 millones de euros.

TIPO ENTIDAD	GASTO PRESUPUESTARIO DE 2014 (ORN) EN MILES DE EUROS	INGRESOS PRESUPUESTARIOS DE 2014 (DRN) EN MILES DE EUROS
Ayuntamientos	1.385.867	1.418.525
Más de 100.000	703.547	712.690
De 10.001 a 100.000	231.264	232.601
De 5.001 a 10.000	67.253	72.507
De 1.001 a 5.000	190.169	197.275
De 501 a 1.000	63.469	66.503
De 101 a 500	109.306	114.895
De 1 a 100	20.859	22.054
Entidades Locales Menores	3.365	3.627
Diputación Provincial	276.021	269.695
Comarcas	116.921	116.620
Mancomunidades	9.476	9.795
Consorcios	6.112	6.327
TOTAL	1.797.762	1.824.589

B. **Resultado presupuestario y remanente de tesorería**

El resultado presupuestario es una magnitud que recoge en qué medida los recursos (o ingresos presupuestarios) obtenidos a lo largo del ejercicio han sido suficientes para atender las necesidades (gastos presupuestarios) surgidas en el mismo. Esta magnitud ha de ajustarse en función de las desviaciones de financiación derivadas de gastos con financiación afectada y por los créditos gastados correspondientes a modificaciones presupuestarias que hayan sido financiadas con remanente líquido de tesorería.

El resultado presupuestario ajustado agregado en el ejercicio 2014 fue positivo y ascendió a 115 millones de euros.

El remanente de tesorería, por su parte, constituye un indicador de la liquidez del ente, y muestra a fecha cierre del ejercicio el superávit o el déficit acumulado de los presupuestos de distintos ejercicios.

El remanente de tesorería para gastos generales agregado de las entidades locales aragonesas de 2014 fue positivo por 280 millones de euros.

C. **Endeudamiento agregado**

El endeudamiento general agregado, incluido el financiero y los acreedores administrativos y comerciales, ascendió en el ejercicio 2014 a 1784 millones de euros.

Endeudamiento en miles de euros

TIPO ENTIDAD	DEUDAS POR PRÉSTAMOS RECIBIDOS, FIANZAS Y DEPÓSITOS	ACREEDORES ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	OTROS ACREEDORES
Ayuntamientos	1.161.993	15.379	251.445
Más de 100.000	930.608	8.823	142.494
De 10.001 a 100.000	103.950	1.984	31.237
De 5.001 a 10.000	22.729	743	6.571
De 1.001 a 5.000	64.992	2.182	38.318
De 501 a 1.000	17.998	684	10.723
De 101 a 500	19.683	878	18.773
De 1 a 100	2.033	85	3.329
Entidades Locales Menores	229	21	656
Diputación Provincial	135.492	1.449	177.254
Comarcas	12.234	1.792	19.845
Mancomunidades	486	280	2.945
Consorcios	1.383	14	1.608
TOTAL	1.311.817	18.935	453.753

5. Remisión de la información relativa a los acuerdos contrarios a reparos y demás documentación enviada por los órganos interventores de las entidades locales

El art. 218.3 del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales, tras la modificación introducida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local dispone que «El órgano interventor remitirá anualmente al Tribunal de Cuentas todas las resoluciones y acuerdos adoptados por el Presidente de la Entidad Local y por el Pleno de la Corporación contrarios a los reparos formulados, así como un resumen de las princi-

pales anomalías detectadas en materia de ingresos. A la citada documentación deberá acompañar, en su caso, los informes justificativos presentados por la Corporación local». Asimismo, dispone el envío de información en relación con los acuerdos y resoluciones dictados por los órganos competentes de las Entidades Locales con omisión del trámite de fiscalización previa.

En aplicación del mismo, el Tribunal de Cuentas publicó en el *BOE* del 17 de julio de 2015 la Resolución de 10 de julio de 2015, de la Presidencia del Tribunal de Cuentas, por la que se publica el Acuerdo del Pleno de 30 de junio de 2015, por el que se aprueba la Instrucción que regula la remisión telemática de información sobre acuerdos y resoluciones de las entidades locales contrarios a reparos formulados por interventores locales y anomalías detectadas en materia de ingresos, así como sobre acuerdos adoptados con omisión del trámite de fiscalización previa.

La información a enviar incluye los siguientes extremos:

- Información general relativa al funcionamiento del control interno de la entidad, en particular sobre la implantación o no de un sistema de fiscalización limitada previa, alcance de los extremos que se comprueban, actuaciones de control financiero que se realizan, y sobre la existencia de informes desfavorables de la intervención local a la aprobación del presupuesto, a la tramitación de modificaciones de crédito y a la propuesta de aprobación de la liquidación del presupuesto, incluidos informes desfavorables a la estabilidad presupuestaria.
- Información de cada uno de los acuerdos y resoluciones adoptados en contra de reparos interpuestos por la Intervención local, con indicación, entre otros datos, del número de expediente, importe, tipo y fase de gasto, órgano gestor del gasto y órgano que resuelve la discrepancia contra el criterio del Interventor. En los casos en que el expediente supere los 50.000 euros, se deberá adjuntar;
  - Copia de los acuerdos o resoluciones adoptadas por órgano competente en los que se resuelva continuar con la tramitación del expediente en contra de los criterios del Interventor.
  - Informes justificativos que motiven la decisión adoptada por el Pleno, Junta de Gobierno Local o Presidente de la entidad local.
  - En su caso, informe del órgano de tutela financiera (en Aragón la competencia le corresponde a la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón).
  - Informe o nota de intervención en que se plantee el reparo.
- Información sobre los expedientes administrativos de gastos o acuerdos tramitados al margen del procedimiento y con omisión de fiscalización

previa, hayan sido o no instrumentados mediante expedientes de reconocimiento extrajudicial de crédito. En los expedientes que superen los 50.000 euros, se deberá adjuntar idéntica información a la recogida en el apartado anterior a excepción del informe del órgano de tutela financiera.

- Información relativa a las principales anomalías en la gestión de ingresos.

De las 867 entidades con obligación de remitir la información sobre los reparos, solo se recibió la información de 67 entes de las que 28 entidades remitieron certificación negativa de reparos; esto es, certifican que en el ejercicio 2014 no se han adoptado acuerdos o resoluciones por el Pleno, la Junta de Gobierno Local o el Presidente de la entidad local contrarios a los reparos formulados por el órgano de Intervención, ni se han tramitado expedientes administrativos de gastos adoptados al margen del procedimiento ni con omisión de fiscalización previa, ni tampoco se han detectado anomalías en ingresos que se consideren relevantes.

Del análisis de la información remitida se obtuvieron las siguientes conclusiones:

- Las principales materias objeto de reparo corresponden a subvenciones y ayudas públicas (67%), contratación (18%) y personal (9%) y las causas son las de omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales (84%).
- Veintiuna entidades locales han implantado la fiscalización previa limitada (16 ayuntamientos, 1 diputación provincial y 4 comarcas).
- Nueve entidades realizaron actividades de control financiero, de las cuales 6 son ayuntamientos (que han comunicado la emisión de 241 informes en total), 1 Diputación Provincial (1 informe) y 2 Comarcas (1615 informes).
- Cinco ayuntamientos y una comarca han emitido informes desfavorables a la aprobación del presupuesto; un ayuntamiento y dos comarcas han emitido informes desfavorables a las propuestas de modificación de crédito y tan solo una comarca ha informado desfavorablemente a la aprobación de la liquidación del presupuesto.
- El número de acuerdos adoptados contrarios a los informes del órgano de control interno asciende a 541 y representa una cifra acumulada de 34.757 miles de euros.
- El número de acuerdos tramitados con omisión del trámite de fiscalización previa interno asciende a 900 y representa una cifra acumulada de 38.611 miles de euros.

- La contratación origina el 97% de los acuerdos de convalidación o reconocimiento extrajudicial de gastos, y la causa en un 94% de los casos está en relación con la omisión en el expediente de requisitos o trámites esenciales.

ESTUDIOS

La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales

Rafael Jiménez Asensio

RESUMEN

El presente estudio parte de un análisis de las dificultades que ofrece el marco normativo básico local para elaborar leyes autonómicas que regulen el sistema de gobierno local adaptado a los requerimientos actuales, dado que se trata de un marco normativo inadaptado a las necesidades del momento. Aun así, el trabajo toma como referencia un estudio de caso (la Ley de Instituciones Locales de Euskadi) que, pese a esas limitaciones descritas, ha conseguido incorporar un nuevo modelo de regulación local que supera los estrechos márgenes de la tradicional concepción de *régimen local* para adentrarse en la articulación de un «sistema de instituciones locales». La ley vasca se configura como un producto atípico, si bien con el precedente de la ley andaluza de autonomía local de 2010, cuyas características más relevantes son su carácter de *ley integral* (regula competencias, financiación y un fuerte sistema institucional de garantías de la autonomía local), así como su especial naturaleza jurídica, marcada por su carácter de ley institucional que debe diferenciarse de las leyes ordinarias como consecuencia de su procedimiento de modificación en caso de afectación a las competencias municipales, por razón de la unidad de materia y por salvaguardar su contenido en el principio de buena regulación. Todo ello exige modificaciones ulteriores *ad hoc*. Son todas ellas, por tanto, características que pretenden preservar el contenido de la Ley frente a la actuación del legislador sectorial posterior. El trabajo se cierra con unas reflexiones críticas sobre el papel de los Acuerdos de las Comisiones Bilaterales entre Ejecutivos (art. 33 LOTC) en torno a la determinación del alcance y adecuación al orden constitucional de competencias de las leyes aprobadas por los Parlamentos, con especial referencia a este caso y al mundo local.

SUMARIO

I. PRESENTACIÓN. **II.** EL «CRUCE» ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEY DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI. UNA REGULACIÓN LOCAL «INTEGRAL». **III.** IDEAS-FUERZA DE LA LEY DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI EN UN MARCO DE GOBERNANZA LOCAL. **IV.** DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA LEY. **1.** Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales. **2.** Comisión de Gobiernos Locales. **3.** Órganos del mismo carácter (de participación y alerta temprana) en los Territorios Históricos. **4.** Consejo Vasco de Finanzas Públicas. **5.** Participación de los municipios en los consejos territoriales de finanzas y en el Órgano de Coordinación Tributaria. **6.** El papel de EUDEL (Asociación de Municipios Vascos) en el sistema institucional. **V.** INTEGRACIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO DE LA LEY. **VI.** ADENDA. El Acuerdo de la Comisión Bilateral sobre determinados aspectos de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi. Una primera valoración de un instrumento atípico de interpretación del presunto alcance y encaje constitucional de las leyes autonómicas.

I. **PRESENTACIÓN**

El objeto de este trabajo es llevar a cabo un análisis de la reciente Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi (LILE), así como enmarcar este estudio en su (complejo) encaje en una normativa básica que muestra síntomas evidentes de agotamiento. La trascendencia de aquella medida normativa supera los estrechos límites territoriales de su ámbito de aplicación en cuanto que establece un nuevo modelo de regulación legal del sistema local de gobierno adaptado al contexto actual, muy diferente por cierto del existente cuando se redactó la Ley reguladora de las bases de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril; LBRL).

Esta LBRL ha sido objeto de numerosas reformas a lo largo de sus más de treinta años, con la finalidad de adaptarla a la realidad y exigencias de cada momento. Muchas de esas reformas no han obedecido a un patrón común y han terminado por desfigurar, en algunos casos gravemente, la economía y estructura de la normativa básica. Sin duda, la última reforma llevada a cabo por la conocida (y denostada) Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local (LRSAL) ha terminado por tensar más aún las frágiles costuras de ese marco normativo.

Con esos mimbres, unos viejos, otros desarticulados y algunos contradictorios, la tarea del legislador autonómico en materia de definición del sistema propio de gobiernos locales se torna compleja. De hecho, una mirada comparada –que aquí no puede hacerse– a las diferentes leyes de las comunidades autónomas que regulan los niveles de gobierno local, nos advierte claramente

que –con la excepción que inmediatamente se dirá– la continuidad del formato planteado por el legislador básico se reitera por doquier. En efecto, el esquema normativo de la legislación autonómica local sigue el diseño propio de las leyes de «régimen jurídico local», con algunos aspectos de organización institucional y sin tratar, en ningún caso, la financiación local. Se reitera, por tanto, el esquema disociado de la legislación estatal, que aborda en marcos normativos separados «régimen local» y «financiación»; con el factor condicionante de que en el ámbito local autonómico ni siquiera se ha hecho el esfuerzo de regular la financiación local, volcando toda la atención hacia los aspectos de régimen jurídico, organizativo y tipología de entidades locales.

La única excepción era –hasta la entrada en vigor de la LILE– la Ley 5/2010, de autonomía local de Andalucía (LAULA), que sin duda estableció un marco normativo innovador en no pocos aspectos del gobierno local en desarrollo de las previsiones estatutarias en la materia. La caracterización de una autonomía local fuerte como nivel de gobierno dotado de carácter político ya se dibuja en ese texto. También cabe resaltar el amplio listado de competencias propias reconocidas a los municipios, los mecanismos institucionales de participación de los municipios en la definición de las políticas autonómicas o el sistema de gestión de servicios públicos, pues todas ellas fueron algunas de las apuestas normativas de interés que se plantearon en esta ley. Además, esta normativa reguladora de la autonomía local vino acompañada, si bien tímidamente, de un marco legal en materia de participación de los municipios en los tributos autonómicos. Un paso adelante.

No cabe ocultar, por tanto, el precedente que supuso la LAULA en el proceso de elaboración de la LILE. Hay que tener en cuenta, además, que el anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi, como se conocía inicialmente tal texto normativo en su proceso de elaboración, se redactó a principios de 2013. Y ya entonces comenzaban a circular numerosos borradores del anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la administración local. Ello condicionó algunas decisiones prenormativas planteadas por el legislador vasco. Pero si se quería introducir una orientación normativa nueva o, al menos, reforzar el nivel de gobierno local, estaba claro que el legislador vasco debía mirar principalmente hacia la tarea hecha en su día en Andalucía, así como a las regulaciones más genéricas (aunque tampoco excesivamente precisas) de los estatutos de autonomía (entre otros) de Cataluña y Andalucía en materia local.

Sin embargo, a nadie se le escapa que la realidad político-institucional vasca, así como su andamiaje económico-financiero, es de una singularidad fuera de lo común. Por consiguiente, si bien no cabe negar algunas influencias importantes que sobre el nuevo marco normativo vasco en materia local tuvieron ta-

les regulaciones citadas, lo cierto es que la LILE ofrece un modelo institucional local (más bien, municipal, dada la estructura de las entidades locales en Euskadi) que tiene unas peculiaridades propias que difícilmente pueden trasladarse a otros contextos.

Es por esta razón que el presente trabajo no se adentrará en aquellos detalles que para el lector no familiarizado con la realidad político-institucional vasca son de escaso interés, salvo que se quiera profundizar en aspectos concretos de un sistema institucional y económico-financiero distinto y distante al de los municipios de régimen común. Quien quiera ahondar en tales detalles puede acudir a los trabajos publicados en el número monográfico 106-II de la *Revista Vasca de Administración Pública* (que, cuando esto se escribe, todavía está en imprenta), dedicado precisamente a un análisis exhaustivo de las distintas facetas reguladas por la Ley de instituciones locales vascas. En ese número abordo el tema que en estas páginas se presenta, pero obviamente entrando en detalles que en estos momentos no procede detenerse[1].

En efecto, lo que aquí desarrollaré será sucintamente una serie de puntos, pero sin abordar aquellos aspectos de detalle que afectan a las enormes singularidades que ofrece el marco normativo institucional vasco en esta materia. Al lector interesado por estas cuestiones le reenvío a los trabajos citados, así como a aquellos otros que se citan a lo largo de estas páginas. En cualquier caso, el esquema de desarrollo de esta contribución tendrá los siguientes apartados:

- En primer lugar, se realizarán unas breves consideraciones sobre el marco normativo básico o lo que se puede considerar como el «cruce» entre este y la LILE, así como el sello particular que tiene esta normativa como «Ley integral» de regulación omnicomprensiva de las instituciones locales vascas.
- En segundo lugar, también de forma esquemática, se abordarán aquellos aspectos innovadores de la regulación vasca que se enfrentan con la idea-fuerza de Gobernanza Local y que abordan un conjunto de disposiciones normativas de contenido ciertamente innovador, alineadas con las tendencias más relevantes de la vida política local en estos momentos.
- El carácter «institucional» de la LILE se aborda en tercer lugar, lo que nos permitirá describir el amplio tejido de órganos que conforman una arquitectura institucional propia de un espacio caracterizado por una concurrencia de «gobiernos multinivel», como es el vasco.

1 Ver R. JIMÉNEZ ASENSIO: «La 'Ley Municipal' de Euskadi, ¿y ahora qué? Naturaleza y retos de la Ley de instituciones locales de Euskadi, *Revista Vasca de Administración Publica*, 106-II (2017).

- Y, por último, se describirán principalmente aquellos impactos que la LILE tiene especialmente sobre los municipios vascos. Su interés radica en la configuración del municipio vasco como un nivel político de gobierno que pretende situarse en posición de (cuasi) paridad con el resto de poderes públicos territoriales de la Comunidad Autónoma de Euskadi.
- El trabajo se cierra con una Adenda, que pretende analizar las consecuencias prácticas que el Acuerdo de la Comisión Bilateral entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma de Euskadi se ha adoptado con fecha de 16 de enero de 2017, mediante el cual se solventan, mediante interpretaciones singulares en algunos casos, las «discrepancias» existentes entre el Gobierno central y el Gobierno Vasco en relación con el alcance interpretativo que cabe darle a determinados preceptos de la LILE.

II. EL «CRUCE» ENTRE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y LA LEY DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI. UNA REGULACIÓN LOCAL «INTEGRAL»

La LILE se encuadra en un marco normativo encabezado por una legislación básica de régimen local –tal como se ha dicho– claramente obsoleta, contradictoria y hasta cierto punto (sobre todo tras la última reforma) restrictiva del potencial que tiene el principio de autonomía local[2]. La LILE ofrece en algunos de sus pasajes un complejo encaje (en muchos aspectos, se puede decir incluso que se produce más bien un *cruce*) con la legislación básica de régimen local. Son dos marcos normativos distintos y distantes, también en el tiempo, aunque la LBRL ha sufrido innumerables reformas, pero una (la última) de fuerte contenido traumático. Al margen de lo anterior, como se podrá comprobar, la frescura o novedad normativa de la ley vasca puede servir de referente en el campo del gobierno local a futuros textos normativos, tanto estatales como autonómicos.

La lección más interesante que cabe extraer de ese contexto radica en que el legislador vasco ha sido capaz, a pesar de la existencia de ese marco normativo básico reductor, de impulsar una Ley que refuerza la autonomía local hasta extremos no conocidos en el marco comparado autonómico, con la excepción ya citada de la ley andaluza (aunque esta en algunos aspectos no fue tan lejos como la reciente ley vasca; por ejemplo, en lo que afecta al sistema de garantía de la autonomía local).

2 Una crítica ampliamente compartida por la doctrina. Por todos: A. EMBID IRUJO: «Informe sobre el gobierno local en 2013», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013,* Fundación Ramón Sainz de Varanda/Institución Fernando el Católico, Zaragoza (2014), pp. 11-48.

El marco normativo básico estatal tras la reforma de la LRSAL ofrece, sin embargo, una evidente paradoja por lo que afecta a las entidades locales vascas: allí –por razones que ahora no procede detenerse– tras esa polémica reforma se amplió notablemente el campo de la singularidad del nivel local de gobierno, apoderando a las instituciones vascas competentes para el ejercicio de un amplio elenco de funciones relacionadas con el campo de la configuración normativa local[3]. Pese al notorio retroceso que la LRSAL supuso, en Euskadi, ello representó paradójicamente una ampliación del ámbito de autogobierno en la definición normativa de las líneas de la administración local. En efecto, las disposiciones adicionales segunda de la LBRL y octava del TRLHL, así como la primera de la LRSAL, ampliaron en algunos casos las facultades de las instituciones vascas competentes en materia de régimen local y paliaron algo los perjudiciales impactos que esa última ley citada tuvo sobre el municipalismo vasco.

Con apoyatura en ese marco normativo previo derivado de las disposiciones adicionales citadas (aunque nunca citado expresamente en su exposición de motivos), la LILE se construye a partir de unos presupuestos conceptuales muy alejados de los impulsados en la LRSAL. Esta última Ley, como es conocido, ha sido objeto de innumerables estudios sobre su alcance y sentido[4], pero bien se puede concluir que asimismo sus presupuestos finalistas distaban mucho de los que sustentaron inicialmente la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y, especialmente, de la filosofía que impregnó la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL), cuyos principios ignora e, incluso, contradice. No en vano cuando el Consejo de Europa (Congreso de Poderes Locales y Regionales) elaboró una Recomendación sobre España y el grado de cumplimiento de la CEAL (19 de marzo de 2013), en la que examinaba el anteproyecto de ley de

3 Sobre la reforma local y su impacto en el País Vasco: M. MARTÍN RAZQUIN: «La reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco: la necesidad perentoria de una Ley municipal de Euskadi», *RVAP*, 99-100 (2014), p. 2505; F. VELASCO CABALLERO: «Aplicación asimétrica de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Anuario de Derecho Municipal 2013*, Madrid, pp. 23-68.

4 Ver, por ejemplo: A. EMBID IRUJO: «Informe sobre el gobierno local en 2013», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013,* cit., pp. 11-48; M. MARTÍN RAZQUIN: «La reforma local...», cit.; L. PAREJO ALFONSO: «Algunas reflexiones sobre el impacto de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, sobre el modelo de autogobierno municipal», *Cuadernos de Derecho Local,* 34 (2014), pp. 11 y ss.; QUINTANA LÓPEZ (director): *La reforma del régimen local*, Tirant lo Blanch, 2014; J.A. SANTAMARÍA PASTOR (coord.): *La reforma de 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; F. VELASCO CABALLERO: «Desarrollos normativos autonómicos de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *Anuario de derecho Municipal 2014,* Madrid, pp. 21-53.

racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, su grado de entusiasmo por la reforma fue prácticamente inexistente, criticando veladamente algunos de sus puntos.

Por tanto, cabe subrayar que la LILE –como la propia norma anuncia en diferentes pasajes de su exposición de motivos– es enteramente respetuosa con el principio de autonomía local establecido en la CEAL y tiene una vocación clara y precisa de reforzar el nivel de gobierno local como un espacio propio para hacer política a favor de la ciudadanía. Los municipios vascos no se configuran solo como entes prestadores de servicios, sino como actores político-institucionales de primer orden. Esa configuración de autogobierno municipal se aleja inevitablemente del nuevo modelo que el legislador básico quiso imponer en ese injerto normativo extraño en el que consistió la LRSAL, que se pretendía superponer sobre la propia arquitectura inicial de la LBRL[5].

A pesar de ser la LRSAL una norma que dejaba muy poco espacio a la autonomía local, las disposiciones adicionales segunda de la Ley de Bases de Régimen Local, octava del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales y primera de la propia LRSAL, ampliaban notablemente, según se ha expuesto, el campo de actuación de las instituciones vascas en este ámbito, conformando una suerte de habilitación excepcional o singular en esferas ciertamente nucleares del autogobierno local; lo que abría, así, un espacio no exento de interés para que las instituciones vascas exploraran la construcción de un modelo propio de gobierno local desde el punto de vista normativo-institucional (así como financiero) que se alejara radicalmente del sistema matriz[6]. Y eso es lo que ha hecho precisamente la LILE.

Por tanto, si se efectúa un análisis detenido de la LILE rápidamente se puede advertir que esta Ley no es –ni pretende serlo– un marco de desarrollo de la legislación básica, sino que busca construir un sistema de gobierno local vasco con una orientación marcada de reforzamiento de la autonomía municipal y que va mucho más allá que las previsiones del legislador básico en innumerables puntos. Su orientación finalista y también metodológica, como reiteraré a lo largo de estas páginas es claramente *institucional* y no solo de *régimen jurídico*.

Este nuevo enfoque se advierte, por ejemplo, en la dimensión de racionalización de la legislación básica (competencias y formas de gestión), pues allí es donde el legislador vasco se aparta de modo más diáfano de las limitaciones

5 Sobre este aspecto, por todos: L. PAREJO ALFONSO: «Algunas reflexiones ...», cit.

6 Sobre este punto son de imprescindible consulta los trabajos de M. MARTÍN RAZQUIN: «La reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco...», cit.; y F. VELASCO CABALLERO: «Aplicación asimétrica...», cit.

(muchas de ellas absurdas) creadas por la LRSAL, que eran vivo testimonio de unas obsesiones que manifestaban la absoluta incomprensión del mundo local que esa Ley estatal tenía. En la vertiente de sostenibilidad la LILE se fundamenta correctamente en las competencias derivadas del régimen financiero especial (Concierto Económico), incorporando desarrollos normativos que se atienen a la singularidad institucional y financiera vasca.

Este juicio crítico de la LRSAL no es solo prácticamente unánime en el ámbito de la doctrina, sino que ha sido avalado –siquiera sea parcialmente, pero en contenidos sustanciales– por la propia jurisprudencia constitucional. No cabe así sorprenderse de que el propio Tribunal Constitucional haya dictado hasta la fecha (cuando esto se escribe) cuatro sentencias que resuelven varios recursos de inconstitucionalidad en las que gradualmente desmonta algunas de las piezas sustantivas en las que se asentaba la reforma de la legislación básica de 2013, mediante la declaración de inconstitucionalidad de varios preceptos y la (re)interpretación de conformidad con la Constitución de otros tantos artículos o disposiciones de la LRSAL[7].

En cualquier caso, este *desguace a plazos de la LRSAL* no deja bien parado al Gobierno que la impulsó, pero también saca los colores a un Tribunal Constitucional que va dosificando por entregas distanciadas en el tiempo las sucesivas declaraciones de inconstitucionalidad de una Ley que no debió ser nunca aprobada en esos términos. Con esa estrategia dilatoria parecen atenuarse los efectos políticos de una reforma, en líneas generales, mal planteada. Aunque la doctrina del TC, sobre todo en lo que respecta a la garantía financiera de la autonomía local, no es precisamente defensora de la autonomía municipal, como bien expresa la declaración (por motivos formales) de inconstitucionalidad del art. 58 bis de la LBRL, precisamente uno de los pocos artículos de la LRSAL que reforzaba la autonomía local. Aunque, a nuestro juicio, la previsión de un sistema de

7 Son, entre otras, las importantes SSTC 41/2016, de 3 de marzo; y 111/2016, de 9 de junio. La primera declara la inconstitucionalidad del art. 57 bis LBRL, de la disposición adicional undécima y de las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera, así como de determinados incisos de las disposiciones transitorias cuarta y undécima de la LRSAL, declarando que la disposición adicional decimoquinta de la LRSAL no es inconstitucional interpretada de conformidad con lo expuesto en la sentencia; mientras que la segunda lo hace sobre dos incisos del art. 26.2 LBRL, la disposición adicional decimosexta de la LBRL y un inciso del art. 97 del TRRL, así como declara que los arts. 36.1.g) y 36.2.a) LBRL no son inconstitucionales siempre que se interpreten de conformidad con lo establecido en los fundamentos jurídicos 11 y 12.c) de esa sentencia. Faltan por resolver, en todo caso, otros recursos de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local planteados frente a la LRSAL, por lo que no cabe excluir que se produzcan más inconstitucionalidades en cadena, aunque los aspectos más dudosamente constitucionales ya han sido resueltos.

compensación financiera de los municipios vascos en el caso de competencias delegadas y convenios que conlleven obligaciones financieras a otras instancias de gobierno del País Vasco, tal como está previsto en el art. 24 de la ley vasca, no se ve afectado por esa jurisprudencia del Tribunal Constitucional y cabe entenderlo plenamente vigente, al preverse la participación del Consejo Vasco de Finanzas Públicas (con presencia de los tres niveles territoriales de gobierno) en tal modelo. La representación «triangular» que exigía la STC 41/2016, se cumple en este caso. Y la reserva de Ley Orgánica no procede en este punto, dado el sistema de Concierto Económico vigente en Euskadi.

El *cruce* de la LILE con la legislación básica de régimen local es, sin embargo, más aparente que efectivo. Es verdad que algunas de sus previsiones se distancian del marco de la legislación básica, pero también lo es que ese marco básico –como se ha visto, paradójicamente, tras las última reforma– provee, por un lado, a las instituciones vascas de un plus de competencias en este ámbito, así como –en una perspectiva general– está, por otro, inadaptado totalmente a las necesidades de los gobiernos locales en 2016. La LBRL fue un buen texto normativo en la fecha que se aprobó (1985), luego ha sido objeto de numerosas reformas que han intentado adaptar sus contenidos a la exigencia de cada momento, pero eso no se ha conseguido sino parcialmente y de forma un tanto discutible en algunos casos, pues muchas de esas reformas encajan mal en la arquitectura inicial de la Ley y otras (como la LRSAL) son sencillamente contrarias a su concepción inicial.

Lo que pretende la LILE es, de acuerdo con un marco contexto singular que la propia LBRL y la LRSAL reconocen, dotar a los gobiernos locales vascos de un nivel de autonomía garantizada y efectiva indiscutible, pero además ofrecerles recursos financieros y una amplia caja de herramientas para hacer política municipal en la segunda década del siglo XXI, en un marco de Gobernanza Local, con innumerables retos abiertos y con la pretensión de ofrecer instrumentos que mejoren las condiciones de vida de la ciudadanía, haciéndoles partícipes asimismo de esas políticas locales. Nada que no haya que hacer en estos momentos.

En fin, este es el contexto político-institucional complejo en el que la LILE debe ser aplicada. De momento, tras su no impugnación ante el Tribunal Constitucional por parte del Presidente del Gobierno e invocación, en su caso, de la técnica de la suspensión prevista en los arts. 161.2 CE y 30 LOTC; la LILE es una Ley vigente en su totalidad y, por lo tanto, con efectos jurídicos plenos; aunque «interpretada» en los términos que se analizan en el último epígrafe de este artículo.

Y, aunque a ello nos referiremos en momentos posteriores de este trabajo, vaya por delante que una de las notas determinantes de la LILE es su carácter

«integral»; esto es, se trata de una Ley que regula los tres aspectos sustantivos de la autonomía local: competencias, financiación y sistema institucional de protección de la autonomía local. Esta es una nota que diferencia radicalmente a esta Ley de otros marcos normativos existentes en el ámbito local, tanto estatales (donde esa regulación está fracturada) como en los autonómicos.

III. **IDEAS-FUERZA DE LA LEY DE INSTITUCIONES LOCALES DE EUSKADI EN UN MARCO DE GOBERNANZA LOCAL**

La Ley vasca hace una apuesta encendida por el autogobierno local, más precisamente el municipal, en sus dos primeros títulos, donde incluso califica la autonomía municipal como de contenido exquisitamente político, en línea con lo establecido en la CEAL. Esto se proyecta esencialmente sobre el plano competencial, donde este marco normativo ha sido enormemente generoso con los niveles municipales de gobierno a la hora de asignarles un amplio elenco de competencias. Asimismo, se diferencia entre competencias municipales (título III) y gestión de servicios públicos (título VIII), evitando una confusión común en nuestro marco normativo básico local.

También esta Ley prevé un importante título IV donde se regulan tres aspectos sustantivos de la organización institucional local: **1**) unas reglas (algunas diferenciadas claramente de la regulación básica) en materia de organización institucional; **2**) un conjunto de preceptos que configuran un estatuto de los representantes locales con algunos puntos de diferenciación con el establecido en la normativa básica; y **3**) una regulación pionera en la normativa local española que regula la figura del directivo público profesional (capítulo III del título IV; así como disposiciones adicional séptima y transitoria decimosegunda). Son aspectos todos ellos muy importantes sobre los cuales no podemos detenernos en estos momentos. A todo ello se suma un título V que regula los deberes y derechos de los vecinos, así como las cartas de servicio.

Pero, por lo que ahora interesa, la LILE incorpora elementos de modernidad en el ámbito local de gobierno al enmarcar algunos de los aspectos singulares de su regulación en la idea-fuerza de Gobernanza Local. En cualquier caso, dado el momento en que se redactó (2013), la noción de Gobernanza no está directamente presente, sí la de buen gobierno o la de gobierno abierto. Así, la exposición de motivos de la Ley implícitamente sí que se refiere a esa noción cuando aborda explicativamente el título VI y encuadra esa materia en la noción de buen gobierno y gobierno abierto. La legislación local española, tanto la básica como la de las Comunidades Autónomas, no hace mención alguna a la mayor parte de tales cuestiones, salvo a los temas de transparencia y

«buen gobierno» (y en este último caso de forma errónea) o de participación ciudadana.

La LILE, por tanto, es sensible a las nuevas tendencias derivadas de la Gobernanza Local como medio para «gobernar de otra manera»[8], donde la verticalidad tradicional del poder se torna en horizontalidad[9], reforzando la democracia representativa a través de instrumentos o cauces de democracia directa e insertando en el sistema de gobierno local los imperativos más relevantes del Buen Gobierno, como son la Integridad Institucional y la Transparencia[10]. Estos dos últimos aspectos se regulan expresamente en la Ley. El primero de ellos a través del art. 35 y el segundo (transparencia) en el título VI, capítulo II.

En consecuencia, la LILE representa un marco legal de gobierno local ciertamente avanzado y que deberá servir de referente o punto de partida para todas aquellas propuestas normativas que, tanto en el Estado como en las Comunidades Autónomas, se vayan produciendo a partir de ahora con la finalidad de regular el nivel local de gobierno. Y ello se observa en distintos pasajes de la Ley que, sumariamente, se pueden traer a colación.

En primer lugar, tal como señalaba, la LILE incorpora la idea de Integridad Institucional a través de la regulación recogida en el art. 35, aunque esa integridad se acota a «la zona alta». Allí, en efecto, se prevé la obligación de que todas las entidades locales vascas deberán disponer de un código de conducta que reúna en su seno valores, principios, normas de conducta y normas de actuación, aplicable en todo caso a los representantes locales[11]. Este es un código que requiere adhesión expresa y al que se puede sumar también el personal directivo. Ello explica que su aprobación sea por el pleno y, en su defecto, por la junta de gobierno. Si el código se pretende aplicar a todos los representantes locales es obvio que deberá ser aprobado por el pleno, si solo fuera un Código aplicable al equipo de gobierno y personal directivo nada impediría que se aprobara por la Junta de Gobierno.

8 R. MAYNTZ: «Nuevos desafíos de la teoría de la Gobernanza», en A. CERRILLO (dir.): *La Gobernanza hoy. Diez textos de referencia,* Madrid, INAP, 2005, p. 85.

9 D. INNERARITY: *El futuro y sus enemigos,* Barcelona, Paidós, 2009.

10 P. ROSANVALLON: *Le bon gouvernement*, París, Seuil, 2015, pp. 353 y ss.

11 Ciertamente, hay alguna otra ley que ya preveía la aprobación de Códigos de Conducta en el ámbito local; por ejemplo, la Ley 1/2014, de 26 de junio, del Parlamento Vasco, o la Ley 19/2014, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña (aunque en este caso conectaba el incumplimiento de los principios o normas de conducta con el régimen sancionador). Pero ninguna de ellas establece la posibilidad de implantar un sistema de integridad tal como prevé la propia Ley 2/2016.

Este código de conducta, que se caracteriza por ser un elemento de «autorregulación» y no normativo, además podrá contener principios de buen gobierno y de calidad institucional, así como normas de actuación en esta materia. Sin duda, cada entidad local, de conformidad con el principio de autoorganización, podrá elaborar y aprobar su propio Código. Pero una operación de este tipo es sencillamente absurda en un sistema local de gobierno, como es el vasco, integrado por 251 ayuntamientos, así como por diferentes entidades locales de otro carácter. Lo más razonable es que las distintas entidades locales se adhieran a algún código-tipo que se elabore al efecto.

Y ello tiene aún más sentido si se piensa que la Ley opta claramente por abrir la posibilidad de que se configure un sistema de integridad en el que se inserte el código como una pieza más o como elemento sustantivo del mismo. Este sistema es potestativo, tal como establece el art. 35.5 LILE, pero realmente es difícil hacer una apuesta efectiva por la integridad institucional local sin establecer un sistema de seguimiento, control y evaluación del Código, del que –al igual que estableciera en su día el Gobierno Vasco y otras instituciones forales y locales del país– la Comisión de Ética es una pieza de cierre del modelo[12].

En segundo lugar, la LILE también contiene una regulación de gobierno abierto que desglosa en dos ámbitos muy precisos: transparencia y participación ciudadana. Son dos dimensiones de la Buena Gobernanza Local, sin duda de notable importancia.

La transparencia local ha sido, por lo común, una materia mal regulada. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, no estableció ninguna diferenciación entre Administraciones Públicas en función de su escala o tamaño a la hora de establecer las obligaciones de transparencia-publicidad activa. Por lo común, las diferentes leyes de las Comunidades Autónomas tampoco lo han hecho, con excepción de la ley valenciana de transparencia que solo obliga a cumplir las obligaciones derivadas del legislador básico y en lo demás reenvía a lo que decida cada entidad. Y esto es un error clamoroso que la LILE corrige de forma apropiada, al escalonar su aplicabilidad –tal como indica la exposición de motivos y concreta la disposición transitoria quinta de la Ley– en función de la población de cada municipio, previendo incluso la excepción de las obligaciones de transparencia-

12 Ver «Código Ético y de Conducta de los cargos públicos y personal eventual de la Administración General e Institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi», cuya redacción inicial (ha sido modificado en alguna ocasión) fue publicada en el *BOPV* de 3 de junio de 2013. Un modelo ciertamente avanzado de integridad es el recientemente aprobado (1 de marzo de 2016) *Sistema de Integridad Institucional de la Diputación Foral de Gipuzkoa y de su sector público*.

publicidad activa para los ayuntamientos de menos de 2.000 habitantes. La legislación básica se aplica en todo caso, pero la LILE introduce el principio de diferenciación en relación con la presumible mayor o menor capacidad de gestión para que las obligaciones complementarias de publicidad activa se cumplan en cada caso. Lo que no impide que tales objetivos de publicidad activa se cumplan voluntariamente por estos municipios.

El derecho de acceso a la información pública como vehículo también de hacer efectiva la transparencia no aporta grandes novedades en la Ley. Tan solo cabe destacar que la LILE encadena el sistema de resolución de reclamaciones frente a la denegación tácita o expresa de las solicitudes de derecho de acceso a la información pública a lo que prevea, en su caso, una Ley del Parlamento Vasco que regule esta materia. Esta Ley no se ha aprobado aún, pero para cubrir ese vacío el Gobierno Vasco aprobó un Decreto por medio del cual creaba una Comisión de reclamaciones de forma transitoria[13]. La apuesta formal es discutible, pero más aún la material o la composición del órgano; pues viene definida por el propio Gobierno y la preside un alto cargo. Se trata de un modelo de transición, que será sin duda corregido en la línea en la que iba el proyecto de ley de transparencia en la anterior legislatura, que creaba la Agencia Vasca de Transparencia (*Gardena*). Pero ni en aquel caso ni en este, los municipios participan en el proceso de designación de aquellas personas que van a resolver las reclamaciones en materia de derecho de acceso a la información pública o ejercer otro tipo de competencias.

Y, en fin, hay un tercer elemento del sistema de Gobernanza Local, como es la participación ciudadana, que también se regula en esta Ley. Su importancia en el ámbito local está fuera de toda duda y requeriría un tratamiento monográfico que en estos momentos no puede hacerse (aunque en el último epígrafe de este trabajo alguna idea al respecto se aporta). Aquí únicamente se puede poner de relieve que este importante capítulo IV del título VI de la Ley tiene disposiciones normativas que son directamente aplicables (las menos), mientras que en su mayor parte contiene principios y reglas que requieren para su efectividad la interposición normativa o a través de un acuerdo plenario de los municipios vascos. Conviene deslindar bien cuándo se da cada caso.

En el segundo supuesto (interposición de normativa local), la LILE ofrece un abanico de posibilidades a los gobiernos locales para que estos puedan desarrollar sistemas de participación ciudadana en los términos establecidos en la

13 Ver, Decreto 128/2016, de 13 de septiembre, por el que se crea la Comisión Vasca de Reclamaciones del Derecho de Acceso a la Información Pública, *BOPV*, 177, de 16 de septiembre de 2016.

Ley, pero es potestativo de cada gobierno local activar tales recursos o sencillamente no hacerlo. Un problema importante es cómo desarrollar normativamente la regulación de participación ciudadana, ¿a través del reglamento orgánico o mediante complemento de este por medio de ordenanzas de participación o de reglamentos? La LILE deja, asimismo, un margen de actuación notable a los acuerdos del órgano plenario, pero hay que definir muy bien en qué casos se echa mano de esta opción, que en sí misma no es normativa (para solucionar problemas *ad hoc* o de naturaleza transitoria). Sin embargo, cuando las normas son directamente aplicables el principio dispositivo no opera y tales reglas deberán ser directamente aplicadas por los municipios.

Y, en fin, dentro de la Gobernanza *intra-organizativa*, tal como fuera denominada por el profesor Aguilar[14] (aunque muy relacionado con las reformas de la Nueva Gestión Pública), la LILE se adentra también en alguno de sus elementos clave, como es –tal como se ha dicho– la institucionalización de la dirección pública profesional, aunque limitada inicialmente a municipios de más de 40.000 habitantes (aunque el Gobierno vasco puede extender, de acuerdo con la disposición adicional séptima y en los términos que allí se expresan, su aplicabilidad tres años después de la entrada en vigor de la Ley a cualquier otro tipo de entidades locales). La regulación es pionera en el Estado y representa, sin duda, un paso adelante en la necesaria profesionalización de esos niveles directivos de la administración local, sin perjuicio de que su carácter potestativo y su limitado ámbito de aplicación puedan reducir notablemente su puesta en práctica. Habrá que estar atentos a ese dato.

IV. **DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DE LA LEY**

La dimensión institucional de la LILE se advierte en su propio enunciado. Es, sin duda, la nota más relevante de una disposición normativa que no puede ser tratada como cualquier otra ley, a riesgo de condenar a la inoperancia su propia finalidad (pues se trata, como inmediatamente se dirá, de la norma de cierre del sistema institucional vasco) y vaciar toda su savia dispositiva y transformadora.

Dimensión institucional y fortalecimiento de la autonomía local van de la mano. No se entiende la una sin la otra. Podemos desgañitarnos a favor de la autonomía local, pero si no somos capaces de dotar al sistema de mecanismos propios de garantía poco avanzaremos en el empeño. Lo realmente relevante de la LILE

14 L.F. AGUILAR: «Gobernanza: normalización conceptual y nuevas cuestiones», *Cuadernos de Liderazgo*, 17, Barcelona, ESADE (2008).

es que «lo local» ha pasado de tener un papel secundario en el diseño de las políticas de cualquier nivel de gobierno en Euskadi a adoptar un rol de centralidad: ya no se puede hacer política (y, por tanto, tampoco legislar o normar) sin tener siempre en cuenta la variable de impacto que tales decisiones tendrán para el nivel local de gobierno. Antaño, como explicita la exposición de motivos de la Ley, se había producido «un debilitamiento obvio de las potencialidades de desarrollo institucional del municipalismo vasco que había provocado un cierre en falso de la articulación de un sistema de relaciones entre los poderes públicos vascos de carácter territorial». La LILE viene, así, a cerrar esa herida. Se preserva, de ese modo, la esencialidad del municipio en la arquitectura institucional vasca. Para hacer política y también para crear Derecho (normar) el municipio debe ser siempre valorado y tenido en cuenta. Hasta ahora era simplemente ignorado; como por lo común ocurre en la práctica totalidad del Estado y de sus respectivas Comunidades Autónomas. La autonomía local allí es retórica; en cambio en Euskadi, a partir de la LILE, pasa a tener un protagonismo efectivo y, al menos potencialmente, se convierte en motor de impulso. Todo es cuestión de que se aproveche ese empuje.

Los mecanismos formales son poco intensos (jurídicamente hablando), pero están. En efecto, su intensidad puede parecer liviana acostumbrados, como estamos los juristas, a las «soluciones fuertes» y a la garantía jurisdiccional (de cuya relatividad no es momento de hablar en estos momentos). Deben dar juego político si se leen correctamente en lo que es un sistema de gobierno local con un denso tejido institucional que no es decorativo (o al menos no lo pretende ser). Bien es cierto que, a diferencia de su impacto político, el encaje jurídico de la Ley será más complejo con una comunidad de profesionales del Derecho que sigue utilizando en el siglo XXI (y en la compleja sociedad actual) categorías dogmáticas propias del siglo XIX.

Interesa, en todo caso, detenerse ahora en los mecanismos institucionales de protección y omnipresencia de la autonomía local y del papel político-institucional de los municipios en la estructura de gobiernos multinivel de Euskadi y en los procesos de toma de decisiones político-normativas. Algo, en efecto, ha cambiado con la LILE, pues esta Ley dibuja un sistema institucional que no puede ser ignorado y ello impregna un carácter a esta Ley que se diferencia del resto, no tanto por su función sino por *su disposición*. No se trata de recuperar en este momento las tesis que lanzó en su día el profesor Gómez Ferrer, pues entre la LBRL y la LILE las diferencias de estructura, así como de contenido, son marcadas[15]. La LILE hay que analizarla desde un punto institucional como un

15 R. GÓMEZ-FERRER MORANT: «Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional», *RAP*, 113. Las tesis del profesor Gómez-Ferrer han sido muy debatidas, pe-

texto normativo que cierra el sistema institucional (por tanto, *dispone*, de forma definitiva, ante la evidente anomia estatutaria, cómo se articulan los tres niveles sustantivos de autogobierno en Euskadi en lo que afecta a la autonomía local) y asimismo reordena el proceso político-normativo vasco, siempre que entre en juego la variable local en torno a un sistema institucional que condiciona, no solo políticamente, sino también jurídicamente, el sistema tradicional de toma de decisiones y de producción formal del Derecho.

Y el juicio anterior se manifiesta en una serie de datos normativos que con carácter telegráfico se pueden recordar en estos momentos:

1. Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales

Esta institución es (aunque la impresión inicial pueda ser la contraria) probablemente una de las más transcendentes, si no se arruinan a través de una práctica inconsistente o timorata sus enormes potencialidades. No tiene comparación en otros ámbitos territoriales. Su correcta comprensión implica que los actores institucionales locales entran desde el inicio en el proceso de impulso, diseño, elaboración, ejecución y evolución de políticas públicas que sean impulsadas por cualquier nivel vasco de gobierno y que puedan afectar a la esfera local, en su más amplia acepción (art. 83). Es un espacio de concertación interinstitucional, no solo de cooperación, incluso se enuncia su carácter coordinador de la gestión integrada de las políticas públicas que afecten a competencias municipales (art. 86.1.e). Su limitado ámbito objetivo (competencias de las instituciones comunes), puede ser fácilmente superado por la presencia efectiva de las diputaciones forales, que comparten representatividad en tal institución junto con el Gobierno Vasco y los municipios. Un uso inteligente y adecuado de esta institución debe incorporar la mirada municipal en todos los procesos de construcción de políticas públicas, no solo durante sino también antes de su proceso de formalización normativa. Este es su gran atributo: lo local está incubado a partir

ro rara vez aceptadas; aunque su planteamiento no estaba exento de fundamento. El Tribunal Constitucional no ha asumido esas tesis y, en lo que a la legislación estatal concierne, ha considerado que la LBRL es una Ley ordinaria que puede ser modificada por cualquier otra ley sectorial, con lo que la garantía de la autonomía local, por ejemplo en el ámbito competencial, se convierte en una suerte de «brindis al sol». En cualquier caso, las diferencias entre la LBRL y la LILE son notables (no solo por el principio de *unidad de materia*, sino también por el de *reserva de procedimiento*), pero mucho más aún es el sustrato político-institucional en el que ambas normas se insertan. En parte (solo en parte) la LBRL es receptora de esas diferencias institucionales cuando singulariza a las instituciones vascas en el ejercicio de sus competencias en este ámbito (ver, por ejemplo, las disposiciones adicionales segunda LBRL, octava LHL y primera LRSAL).

de ahora en la génesis de todas las políticas públicas que impulsen los niveles territoriales de gobierno en Euskadi. Y no solo en sus expresiones normativas, sino también en cualquier otro tipo de instrumentos de gestión, programación o planificación.

2. Comisión de Gobiernos Locales

Configurado inicialmente como un órgano de «alerta temprana» de composición exclusivamente municipal con la finalidad de garantizar la autonomía local en los procesos normativos (especialmente proyectos de ley) que impulse el Gobierno Vasco y que afecten a competencias propias de los municipios (art. 87.1 LILE), la definición funcional de la Comisión de Gobiernos Locales en la Ley extralimita notablemente esa caracterización definitoria que lleva a cabo la Ley[16]. En efecto, los arts. 88.1 (en particular, en sus apdos. b), c) y d) y 91 complementan la caracterización fuerte inicial de esa institución como órgano de «alerta temprana», que no solo se extiende en sus efectos más singulares sobre anteproyectos de ley, sino que alcanza a otros proyectos de disposiciones normativas, pero asimismo se le da un innegable peso en la formulación de estudios y propuestas en ámbitos tales como retribuciones de representantes políticos y del personal al servicio del sector público vasco, cálculo del coste efectivo, así como formulación de planes económico financieros por los municipios. El trasvase interinstitucional y la red de relaciones entre Comisión de Gobiernos Locales, Consejo de Políticas Públicas y Consejo Vasco de Finanzas Públicas es constante y resulta una prueba palpable de la singularidad del modelo institucional vasco, que siempre debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico, salvo que se quiera obturar el juicio con las formas.

3. Órganos del mismo carácter (de participación y alerta temprana) en los Territorios Históricos

El art. 92 de la LILE, por respeto a las potestades de autoorganización de los Territorios Históricos, no regula en la LILE tales órganos, pero ello no implica que su creación sea potestativa, sino que del propio texto de la Ley se deriva de forma inexorable el carácter imperativo de su creación. El modelo de autonomía local reforzado que se sustenta en la Ley sería a todas luces incoherente si solo

16 Sobre algunas experiencias comparadas y su escaso recorrido en la práctica a pesar de los impulsos que se dieron inicialmente a las mismas (en especial, sobre el caso andaluz), puede verse el importante libro de M. ZAFRA VÍCTOR: *Respaldo político para buenas ideas. Mi experiencia en dos direcciones generales sobre gobiernos locales*, Madrid, Iustel, 2015.

exigiera el sistema de alerta temprana para las Leyes del Parlamento y decayera para las Normas Forales. La LILE reconoce la competencia foral, pero no la transforma en una competencia de carácter dispositivo, pues tal lectura colisiona frontalmente con la base de principios en la que se asienta una Ley de sistema institucional como es la que analizamos.

4. Consejo Vasco de Finanzas Públicas

La participación de los municipios en el Consejo Vasco de Finanzas Públicas, auténtica pieza institucional central del sistema de financiación del sector público vasco, se garantiza en esta Ley mediante una modificación expresa de la otra Ley de integración del sistema institucional vasco que representa la conocida como Ley de Territorios Históricos (Ley 27/1983, de 25 de noviembre; LTH). El análisis de esta importante institución y el papel que llevan a cabo los municipios en la misma a partir de la LILE, no puede ser abordado en estos momentos. Aquí solo interesa constatar que el Consejo Vasco de Finanzas Públicas es un órgano presente en numerosos pasajes de la Ley. No se entiende, en efecto, el sistema de garantía de la autonomía local en su dimensión económico-financiera sin un análisis específico de los momentos en los que el municipalismo vasco interviene, ya sea de forma indirecta (con voz, pero sin voto), de forma directa (con voz y voto; que están tasado, pero son ámbitos importantes) o a través de la realización de un análisis general de las competencias propias y la financiación municipal, al que emplazan las disposiciones transitorias primera y segunda de la LILE. No conviene obviar el papel institucional que la representación municipal adquiere incluso en la distribución horizontal y de los coeficientes horizontales de los recursos, tal como prevé la disposición transitoria segunda, lo que da una idea precisa del papel institucional central que tienen los municipios también en la definición de las políticas de distribución territorial de recursos entre los propios territorios históricos, ámbito que va mucho más allá de sus atribuciones en la distribución vertical en cada territorio.

5. Participación de los municipios en los consejos territoriales de finanzas y en el Órgano de Coordinación Tributaria

La disposición adicional sexta de la Ley prevé asimismo la existencia de representantes de los municipios en los consejos territoriales de finanzas y su sistema de designación, mientras que, por su parte, la disposición final tercera modifica la Ley 3/1989, de 30 de mayo, de armonización, coordinación y colaboración fiscal, con la finalidad de dar presencia a los municipios en la composición del Órgano de Coordinación Tributaria. Tampoco es momento de analizar tales instituciones, simplemente constatar que la voluntad de la LILE es permear de

forma efectiva todo el sistema institucional vasco con la presencia de la sensibilidad municipal, también en los ámbitos financieros y fiscales. Las entidades locales ya no son meras receptoras de las políticas públicas, sino también agentes activos en sus procesos de conformación, algo que se aplica asimismo al ámbito económico-financiero, tal como estamos viendo.

6. El papel de EUDEL (Asociación de Municipios Vascos) en el sistema institucional

Nada de lo anterior se comprendería cabalmente sin analizar el papel de EUDEL en el sistema institucional vasco antes descrito. Ciertamente la LILE, con buen criterio, omite la referencia explícita a EUDEL mediante la locución «asociación de municipios vascos más representativa». Podría haber hecho una mención expresa, tal como lo hicieron otras leyes de CCAA o incluso algún Estatuto de Autonomía, pero es una opción prudente la que se ha adoptado. En todo caso, implícitamente EUDEL está omnipresente en la LILE (aunque sea de forma elíptica), no solo en sus importantes atribuciones reconocidas con carácter general a las asociaciones de entidades locales en la disposición adicional tercera, sino asimismo en todos los procesos de conformación de los diferentes órganos que configuran este nuevo sistema institucional vasco que está –como venimos reiterando– preñado de sensibilidad local: la propuesta de designación de los miembros representantes de los municipios en tales instituciones es de la asociación de municipios vascos y así ha sido ejercida recientemente, al margen de que se sujete (en los casos que así se establece) a una serie de criterios definidos legalmente. Pero el papel real de EUDEL no acaba ahí. También indirectamente su protagonismo en el diseño e impulso de las obligaciones normativas o ejecutivas que la LILE atribuye a los municipios es (o, mejor dicho, será) evidente.

Pero, al margen de lo anterior, la LILE obvia u orilla algunas decisiones o procedimientos que, tal vez, convendría valorar en su justa medida para asentar de modo real el principio de autonomía municipal establecido en ese texto normativo. Algunas de esas omisiones, tal como se ha dicho, fueron queridas por el legislador (territorios históricos), otras escapan de su ámbito de actuación (Parlamento vasco) y algunas no es menos cierto pueden tener carácter polémico (Comisión Arbitral). Veamos algunas de esas omisiones o carencias y, en su caso, el modo de solucionarlas:

Tras este breve (e incompleto) repaso al marco institucional que construye o activa la LILE en relación con la presencia de lo local en el funcionamiento del sistema político-institucional de los diferentes niveles de gobierno en Euskadi, bien se puede concluir que el modelo vasco de relaciones interinstitucionales que crea la Ley es a todas luces diferente del resto de modelos existentes

en el Estado o en las Comunidades Autónomas. Se trata de un modelo propio de relaciones institucionales entre los gobiernos locales y el resto de niveles de gobierno existentes en el ámbito propio vasco, con una amplia y densa red interinstitucional de relaciones, lo que cualifica y diferencia la autonomía local vasca frente a la que se pueda dar en otro contexto.

La LILE, en efecto, da un paso que va más lejos: supone el cierre efectivo de lo que denomina sistema institucional vasco, en el que –como bien recoge la exposición de motivos– «convergen y se interrelacionan tres niveles distintos, con el objetivo final de evitar situaciones que puedan provocar algún tipo de descoordinación entre instituciones, que eventualmente podrían lastrar dicho modelo, protegiendo siempre la autonomía de los municipios». La finalidad, por tanto, de la LILE es doble: por un lado, protege la autonomía local como objetivo; pero, por otro, no menos importante, *rediseña e integra un modelo de relaciones interinstitucionales en un sistema como el vasco de gobiernos multinivel*.

Traslado ese diseño a los estándares jurídicos, no cabe sorprenderse, así, de que el modelo vasco de fuentes del Derecho (o de definición del sistema normativo) ofrezca unas singularidades notables que lo alejan de otros sistemas comunes a los que la doctrina y la jurisprudencia no hacen sino intentar reconducirlo una y otra vez con más voluntad que acierto.

El Estatuto de Autonomía de Euskadi no cumple (o, al menos, no lo hace de forma plena) la función de actuar en este campo como *Norma sobre producción de normas* o, en otros términos, la tarea de determinar el sistema de producción normativa del complejo institucional que allí se esboza.

Esta es la clave en la que debe entenderse el papel estelar que ocupa la «Ley de Territorios Históricos» en el sistema institucional vasco. Pero en los mismos términos (más incisivos aún) debe entenderse el papel de las Normas Forales Institucionales de los respectivos Territorios Históricos (que regulan las Juntas Generales, Diputaciones Forales y Administración Pública, pero también sobre todo el sistema de producción normativa de cada Territorio Histórico y que, por consiguiente, actúan como auténticas «Normas sobre producción de normas»). En lo que afectan a singularidades del proceso de producción normativa en Euskadi lo mismo puede decirse, aunque exista una distancia evidente de objeto, de aquellas leyes singulares (o, en algunos casos, incluso de Normas Forales) que establecen el sistema de reparto horizontal (o vertical) de recursos económicos-financieros entre las diferentes instancias políticas, como son por ejemplo las conocidas como «Leyes de Aportaciones», cuya tramitación es enteramente singular.

Y en la misma línea interpretativa de quiebra o ruptura de los estándares tradicionales de configuración del sistema de fuentes se ha de insertar la LILE,

pues su vocación de *Ley de integración del sistema institucional vasco* en su conjunto es clara y evidente. Pero no se trata tanto de que se atribuya a sí misma ese rol, sino que, dado que regula un cerrado sistema de relaciones intergubernamentales y que *su materia* tiene una especificidad marcada que obliga al resto de instituciones públicas y niveles de gobierno, su carácter de Norma sobre la producción de normas, siquiera sea en el ámbito limitado de introducir reglas procedimentales o de unidad de materia (que obligan asimismo al propio Parlamento Vasco y a las Juntas Generales de los Territorios Históricos en su producción normativa ulterior), parece a todas luces indiscutibles.

Es cierto que, rápidamente se objetará frente al argumento anterior, que el sistema de mayorías en el que se apoya la aprobación de esta Ley (el mismo por cierto que la aprobación de la LTH, las Normas Forales institucionales o las Leyes de Aportaciones) no se diferencia del resto de leyes, al no existir en el sistema vasco leyes de mayoría reforzada o de mayoría absoluta. Nadie objetará que tales leyes no existen. Es una obviedad. Ya se ha dicho que el Estatuto vasco no actúa en este punto como Norma sobre producción de normas. Su carácter es abierto, como abierto es el modelo institucional que solo pergeña en sus grandes líneas y que, el legislador vasco o el poder normativo foral, han ido desgranando y concretando (en un papel cuasi estatuyente) con el paso de los años (o décadas, como es el caso).

No es objeto de este artículo el análisis del sistema de fuentes o del sistema normativo del País Vasco. Hace casi veinte años lleve a cabo una aproximación al mismo en un estudio en la *RVAP* que tal vez requiera, a día de hoy y dado el tiempo transcurrido, algunos ajustes[17]. Pero en grandes líneas las tesis allí defendidas las sigo manteniendo, muy a pesar de la incomprensión de buena parte de la doctrina y del propio Tribunal Constitucional sobre la naturaleza jurídica de las Normas Forales (algo que se advierte en la reciente STC 118/2016, que sigue aplicando categorías jurídicas convencionales para resolver una cuestión singular[18]). Tal vez, a lo que ya expuse en su momento, quepa añadir que en el ordenamiento autonómico vasco existe un tipo de disposición normativa específica que se puede denominar como *Leyes de integración institucional de gobiernos multinivel*, cuya disposición o finalidad es –ante la ausencia de mecanismos

17 «El sistema de fuentes del derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como 'ordenamiento asimétrico'», *RVAP*, 47-II, pp. 125 y ss.

18 Sobre la doctrina anterior del TC y su evolución, es de interés el trabajo de M. RAZQUÍN LIZÁRRAGA: «Las competencias históricas de los territorios forales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en J.M. BAÑO LEÓN (coord.): *Memorial para la reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, vol. II, CEPC, Madrid, 2016, pp. 1807 y ss.

estatutarios en esta materia y el carácter abierto del proceso– articular el sistema de relaciones entre los distintos niveles de gobierno y, por consiguiente, tales leyes (de las que la LILE es un ejemplo evidente) se diferencian radicalmente de aquellas otras leyes institucionales o normas forales endógenas que tienen por objeto regular exclusivamente instituciones u órganos de la propia estructura político-administrativa de la Comunidad Autónoma o del propio Territorio Histórico.

Dentro de esa categoría de *Leyes de integración institucional de gobiernos multinivel* están sin duda la LTH y la LILE. Y estas leyes, por su especial objeto, pueden actuar incluso como Normas de producción de normas en un sentido procedimental (*o de reserva de procedimiento*; algo que, por lo demás, debería además reflejarse expresamente en el propio Reglamento del Parlamento Vasco). Y ello entronca con dos nociones muy evidentes en el campo de la producción normativa, una muy vieja y la otra mucho más nueva, pero ambas completamente relacionadas entre sí: la «unidad de materia» y el principio de «mejor regulación».

Es cierto que, la Comisión Arbitral del País Vasco ya apuntó en alguna de sus decisiones esta línea de trabajo, pero la dejó limitada a la necesidad de una modificación *ad hoc* de las previsiones recogidas en la LTH por parte del legislador sectorial ulterior: es decir, que si se quería modificar la Ley de Territorios Históricos que distribuye competencias entre las Instituciones Comunes (Parlamento y Gobierno Vasco) y los órganos forales de los Territorios Históricos, esa modificación debe ser expresa y habitualmente recogida en una disposición final de la ley sectorial que la lleva a cabo. Es una mera garantía formal, pero no menor.

El paso que se da a partir de la LILE es más intenso: la Ley parte del criterio de que un texto normativo que regula y garantiza la autonomía local en un sistema de gobierno multinivel solo puede ser efectivo si se parte de ese criterio normativo (hoy en día vapuleado, cuando no ignorado) de la «unidad de materia», vinculado a la idea o noción de que, al tratarse de una ley tan específica desde el punto de vista de integración institucional del País, cualquier cambio, modificación o derogación, se debe regular solo y expresamente en ese mismo tipo de Ley, que juega en este caso una suerte de papel *codificador* desde el punto de vista material. Por tanto, lo que se regula en la LILE solo puede ser modificado expresamente por un legislador posterior que integre tal modificación en la propia LILE, pero además deberá justificar por qué lo hace de acuerdo con los principios de subsidiariedad y proximidad. Con ello se *ordenan o singularizan*, en cuanto a la materia y al procedimiento, dos tipos de leyes cuya procedencia es la misma: las *Leyes de integración del sistema institucional vasco* (de relaciones entre gobiernos multinivel) y el resto de leyes sectoriales o demás leyes institucionales endógenas.

Pero es que, además, esta línea de actuación está plenamente alineada y es completamente coherente con los principios del Derecho de la Unión Europea de «mejor regulación» y de «legislación inteligente», que también han sido incorporados (aunque de forma más bien retórica) a la legislación básica en la materia (tanto por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, como por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). En efecto, la unidad de materia y todas aquellas garantías que protegen o refuerzan la autonomía local en la LILE, son los fundamentos de que este tipo normativo disponga de una singularidad «procedimental» y de una garantía normativa adicional como consecuencia de ello, que también obligan al Parlamento Vasco en sus actuaciones futuras. Evidentemente, el Parlamento Vasco puede en cualquier momento apartarse de tal regulación al regular en una ley sectorial las competencias; pero para ello, conforme se prevé en la propia LILE en su importante art. 17.2 esa «limitación (competencial) de tales facultades reservadas a los municipios deberá ser motivada adecuadamente de acuerdo con los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, así como materializada normativamente de forma expresa». Por tanto, el amplio elenco de competencias (pero, especialmente, de funciones reservadas sobre ámbitos materiales específicos) a favor de los municipios que prevé el art. 17.1 LILE, dispone de una protección o garantía reforzada. Al menos, en dos planos: a) cuando se elabora el proyecto de Ley la Comisión de Gobiernos Locales como órgano de «alerta temprana» examina si se cumplen tales exigencias y puede objetar su incumplimiento y abrir un proceso negociador; y b), una vez que se tramite el proyecto de ley sectorial en el Parlamento Vasco si este pretende derogar o modificar la LILE, lo deberá hacer expresamente o mediante una modificación *ad hoc*, debiendo motivar convenientemente el porqué de la reforma o del cambio normativo emprendido.

Esta garantía que, por parte de algunos estudios enfocados desde una óptica estricta del Derecho, se le ha restado su valor o importancia, es, sin embargo, de una trascendencia fuera de lo común si se aplica correctamente. Dicho de otro modo, legislar sectorialmente «contra» la LILE, con el argumento de que ley posterior deroga a la anterior, cuando ello implica a las competencias y funciones reservadas a los municipios sobre esos ámbitos materiales definidos en el art. 17.1, es una opción que tendrá a partir de ahora un coste de procedimiento, pero también político-institucional: esta reserva de procedimiento rompe las reglas de juego tradicionales, puesto que en el caso vasco tal forma de proceder fijada por el propio Parlamento Vasco constituye, a partir de la LTH, una suerte de *convención estatutaria* acordada libremente por la mayoría parlamentaria y respetada (hasta la fecha) por la totalidad de las instituciones y la inmensa mayoría de las fuerzas políticas. Lo que se hace ahora es trasladarla a la LILE, en los términos expuestos.

V. INTEGRACIÓN Y DESARROLLO NORMATIVO DE LA LEY

Y, asimismo, la Ley de Instituciones Locales de Euskadi requiere para su efectividad plena no solo ser «desarrollada» en términos convencionales (desarrollo reglamentario o ejercicio de la potestad normativa local), sino además (fruto de la complejidad normativo-institucional en la que tal texto se encuadra) debe ser, asimismo, *integrada* en sus previsiones; esto es, que las diferentes Leyes y Normas Forales que aprueben respectivamente el Parlamento Vasco y las Juntas Generales se adecuen a sus finalidades y cumplan escrupulosamente sus exigencias formales o de procedimiento. Pero no solo eso, la aprobación de la LILE debería exigir, además, una tarea de adecuación normativa para ajustar las previsiones de los textos actualmente vigentes a sus mandatos, particularmente necesaria se advierte esa adecuación en el complejo de Normas Forales que en cada Territorio Histórico regulan aspectos puntuales (pero de no menor importancia) del régimen jurídico e institucional local. No es necesario adentrarse en estos problemas, puesto que exceden del limitado objeto que se pretendía con este estudio.

En cualquier caso, el nuevo marco normativo-institucional que representa la LILE afecta, tal como se ha visto, a los diferentes niveles de gobierno de Euskadi, aunque también de modo colateral a la Administración del Estado (por ejemplo, aunque no solo, en lo que afecta al régimen jurídico del euskera). La plenitud de su afectación es, sin duda, local; mejor dicho municipal. Pero en el ejercicio de sus competencias normativas o ejecutivas la LILE impacta también sobre los órganos representativos de producción normativa primaria (Parlamento Vasco y Juntas Generales), así como con relación a los órganos ejecutivos de producción normativa secundaria (o «reglamentaria») o de sus respectivas Administraciones Públicas (General y Foral).

Distinto es el caso de la potestad normativa local donde el impacto es unas veces planteado en clave de desarrollo normativo y otras en sentido de habilitación normativa para actuar. Huimos aquí, como es obvio, de denominar a la potestad normativa local como una mera manifestación de la potestad reglamentaria, por mucho que se empeñen las leyes y parte de la doctrina en calificarla de ese modo. Como bien señaló en su día el profesor Luciano Parejo, en el ámbito de gobierno local debe emplearse la noción potestad normativa local, sobre todo si nos referimos a las manifestaciones normativas de un órgano plenario con legitimidad democrática directa.

Por consiguiente, es obvio que para su plena efectividad la LILE necesita no solo ser aplicada lealmente por el Parlamento Vasco en el momento de aprobar las sucesivas leyes sectoriales o por el Gobierno Vasco en su desarrollo reglamentario, sino también por los órganos forales de los Territorios Históricos

(que tienen importantes competencias en materia de régimen local, por ejemplo, la regulación de las entidades supramunicipales e inferiores al municipio y el régimen tributario y financiero local; así como, las competencias normativas sectoriales pertinentes).

Pero, además, una pieza clave en el desarrollo de la LILE es, sin duda, el papel que desarrollen los propios municipios vascos ejerciendo sus potestades normativas locales o aprobar determinados acuerdos para poner en marcha las previsiones recogidas en la propia Ley (por ejemplo, aprobando el Reglamento Orgánico Municipal adaptado a la LILE, Ordenanzas de Transparencia, Reglamentos y Ordenanzas de participación ciudadana, Códigos de Conducta, Reglamento de Directivos Públicos Profesionales, Cartas de Servicio, etc.). Hay un sinfín de exigencias legales dirigidas a los municipios y al resto de entidades locales para que cumplimenten de modo efectivo las previsiones recogidas en la propia Ley. Y de su buen hacer o de su inacción dependerá también la correcta aplicación de ese nuevo marco normativo local que representa esta importante Ley.

Por centrar el foco de atención en el Parlamento y en el Gobierno Vasco, cabe subrayar –tal como se ha dicho– que la LILE, en cuanto Ley de integración y de cierre del sistema institucional vasco, obliga también a las instituciones comunes y condiciona el ejercicio de sus competencias cuando afecten al ámbito de gobierno local. Asimismo establece una serie de obligaciones de desarrollo normativo de carácter reglamentario, aunque ciertamente, aparte de la habilitación general contenida en la disposición final cuarta, cabe resaltar que no son muchas las llamadas expresas a la potestad reglamentaria del Gobierno Vasco en el texto de la Ley.

Al igual que en el caso de los Territorios Históricos, la aplicación plena de la LILE requiere de una *integración y adaptación normativa* de todo el conjunto de leyes sectoriales aprobadas por el Parlamento Vasco. Como eso no se va a producir en unidad de acto, sino a lo largo de los próximos años conforme se aprueben o modifiquen leyes sectoriales, las previsiones de la LILE deberán convivir transitoriamente con un ordenamiento sectorial vasco inadaptado a todas luces a sus mandatos. Pero esa constatación fáctica no exime del compromiso institucional de proceder a integrar y adaptar paulatinamente ese marco jurídico, hoy en día desfasado. Algo que ya se intuye en las previsiones de las disposiciones transitorias primera y segunda de la LILE, por lo que afecta a competencias y financiación. Un punto donde cabría insistir no solo por lo «que hay actualmente», sino por la necesidad de adaptarlo a la LILE.

Lo que sí resulta obvio es que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, el Parlamento Vasco deberá tener siempre en cuenta sus previsiones y también sus obligaciones positivas y procedimentales a la hora de regular cualquier materia que afecte a las competencias propias de los municipios en los ámbitos ma-

teriales y funcionales tasados en la propia ley. La salvaguarda de las facultades reservadas a los municipios en calidad de competencias propias solo puede ser excepcionada en los términos previstos en la ley (art. 17.2). Las exigencias del art. 18 deben asimismo ser cumplidas escrupulosamente por el Parlamento Vasco, al igual que lo deben ser por las Juntas Generales. Lo mismo ocurre con la garantía de suficiencia financiera en los términos que se prevén en el art. 17.3 y en el título IX. Hay que tener en cuenta que, además, algunas de esas exigencias ya vienen establecidas por la legislación básica del Estado (art. 25.3, 4 y 5 LBRL, según redacción dada por la LRSAL), por lo que en estos casos todavía es más discutible que el Parlamento Vasco pretenda hurtar tales trámites o exigencias prevaliéndose de que las leyes posteriores pueden derogar a las anteriores. Ya se ha dicho por activa y por pasiva que la LILE es una Ley de integración del sistema institucional que actúa en estos casos como Norma de producción de normas en tres ámbitos: unidad de materia, reserva de procedimiento y mejor regulación. No cabe insistir más en el argumento.

El Parlamento Vasco cuando legisle debe a su vez ser consciente del complejo y articulado sistema institucional que la LILE ha diseñado, pues no puede en ningún caso orillarlo. En este caso, el principio de unidad de materia obligaría a que, en caso de pretender modificar un trámite, procedimiento o las funciones atribuidas a una institución, tal objetivo solo se podría llevar a efecto mediante una modificación *expresa* de la propia LILE. También cabe referirse a la necesidad de que se modifique el Reglamento del Parlamento Vasco para dar entrada al espíritu de la LILE e igualmente habría que valorar la posibilidad de reformar la Ley de la Comisión Arbitral para que la Comisión de Gobiernos Locales tenga acceso a esa institución (mediante la impugnación de proyectos de ley que no se ajustaran a lo establecido en el orden estatutario de competencias y a las exigencias de la propia LILE) en defensa de la autonomía local.

Por lo que concierne al Ejecutivo vasco es obvio que, a partir de la entrada en vigor de la LILE, la producción normativa del Gobierno Vasco (anteproyectos de ley y proyectos de reglamento), así como toda la actuación ejecutiva, siempre que ello afecte al ámbito de la autonomía local, debe tener presente lo dispuesto en este texto normativo, que le obliga directamente. Por tanto, toda esa actividad de producción normativa debe pasar por el filtro inevitable de la Comisión de Gobiernos Locales, en su calidad de órgano de alerta temprana, cuya composición es exclusivamente local (alcaldes y concejales).

Tal como decíamos, no son muchos los supuestos concretos en los que la Ley llama expresamente al desarrollo reglamentario del Gobierno Vasco. Esta carencia de habilitaciones expresas a la potestad reglamentaria del Gobierno Vasco es una buena muestra de que la LILE es sumamente respetuosa con las

competencias normativas locales y del poder de configuración que atribuye a los propios municipios para la definición de sus políticas.

En suma, a grandes rasgos, estos son los retos de integración y desarrollo normativo a los que se enfrentan los diferentes niveles de gobierno de Euskadi en aplicación de la LILE, a los que se suman los retos de Gobernanza Local, los políticos y todos los que se encuadran en la dimensión institucional antes analizada. Sin un enfoque de conjunto del problema, no se puede entender cabalmente cuál es la naturaleza jurídica de esta peculiar e importante Ley.

En cualquier caso, y esa es una lección que puede trasladarse con facilidad a otras comunidades autónomas, la aprobación de este texto normativo no ha sido fácil, tampoco lo será su aplicación o puesta en marcha. La existencia de un marco normativo básico estatal fuertemente inadaptado a las necesidades de los gobiernos locales de la segunda década del siglo XXI, ofrece muchas más dificultades que ayudas. No se vislumbra en el horizonte un cambio de ese cuadro normativo básico, a mi juicio imprescindible, y ello dificultará notablemente la adaptación de la legislación autonómica local a los nuevos tiempos. Las tensiones entre el inmovilismo normativo y su innovación son crecientes, también en el ámbito de los gobiernos locales. Si estos quieren atender fielmente a las exigencias de esta nueva y acelerada época en la que están inmersos, deberían disponer de una serie de marcos normativos flexibles y con alta sensibilidad hacia los nuevos fenómenos, situando a los niveles de gobierno locales en situación de (relativa) paridad al resto de niveles de gobierno territoriales.

Esto es algo que pretendió hacer la Ley de instituciones locales de Euskadi. Ciertamente, como se ha reiterado, los procesos legislativos son largos (particularmente en el País Vasco, por razones de una regulación excesivamente garantista y lenta en la elaboración y deliberación de los proyectos normativos). Y esta lentitud ha producido un cierto desfase prematuro de algunas de las previsiones recogidas en la Ley, pues fueron inicialmente previstas en 2013 y se debe aplicar a partir de 2016, pero sobre todo a partir de 2017. El mundo local también está cambiando en términos muy rápidos y hubiera sido recomendable incluir algunas otras cuestiones en ese marco normativo. Pero no se pudo hacer.

Aun así, la LILE es un texto de referencia para cualquier proceso de renovación del marco normativo local que emprendan las diferentes comunidades autónomas, incluso el poder central. Lleva a cabo, como se ha visto, una dignificación y visibilidad institucional de los gobiernos locales, les dota de un marco de autonomía amplio y garantizado a través de una densa y extensa arquitectura de instituciones de participación y garantía, refuerza (sin tener que acudir a las leyes de mayoría reforzada) la garantía de sus previsiones en materia competencial a través de diferentes mecanismos procedimentales e institucionales, regula

aspectos novedosos del gobierno local en clave de Gobernanza (transparencia, participación ciudadana, integridad institucional), refuerza las potestades de organización de los municipios y el estatuto de los cargos representativos, impulsa la creación de la dirección pública municipal en algunos municipios (de más de 40.000 habitantes, umbral que se puede reducir por el propio Gobierno Vasco tras el transcurso de tres años), promueve la creación de cartas de los servicios públicos, contiene una amplia regulación de la gestión de servicios públicos y apuesta por la gestión compartida de tales servicios (no por la integrada, que será residual), así como, en fin, prevé las líneas básicas de la financiación municipal y la participación de los municipios vascos en los órganos de encuentro y decisorios en materia de financiación, especialmente en el potente órgano del Consejo Vasco de Finanzas Públicas.

A pesar de las limitaciones del marco normativo básico estatal y de las dificultades planteadas inicialmente por el propio Gobierno central una vez aprobada la citada Ley, se puede considerar que se ha dado un paso de gigante en la institucionalización de un modelo de gobiernos locales imbricado plenamente en el complejo sistema institucional vasco. Los municipios vascos tienen ya, por definición legal, la mayoría institucional de edad. Ahora deben ejercerla. Serán observados, sin duda, desde otras partes del territorio estatal. La experiencia y el camino iniciados lo merecen.

VI. **ADENDA**

El acuerdo de la Comisión Bilateral sobre determinados aspectos de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi. Una primera valoración de un instrumento atípico de interpretación del presunto alcance y encaje constitucional de las leyes autonómicas

La Ley de Instituciones Locales de Euskadi, dado su contenido avanzado y en alguna medida «rupturista» con el marco normativo básico aprobado tras la LRSAL, fue objeto –dentro del plazo de los tres meses desde su publicación en el BOPV– de la formulación por parte de la Administración General del Estado de una serie de «discrepancias» en torno a posibles afectaciones al orden constitucional de competencias, invitando al Gobierno Vasco a la constitución de una Comisión Bilateral para resolver tales diferencias. Las afectaciones fundamentales, sin entrar en detalles, eran que la LILE no se adecuaba a la legislación básica estatal en determinados puntos, que no seguía en ciertos aspectos la doctrina del Tribunal Constitucional y, en fin, que en otros se distanciaba de la normativa en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Hay un punto previo que conviene resaltar: este singular procedimiento de «cooperación» regulado en el art. 33 LOTC parte de unas premisas que no tienen lógica institucional alguna[19]. En efecto, en virtud de ese procedimiento se puede llegar a evitar que, en ese caso, el Presidente del Gobierno central formalice un recurso de inconstitucionalidad contra una ley de una comunidad autónoma, así como haga uso del art. 161.2 de la Constitución y se proceda a la suspensión (al menos temporal) de algunos de los preceptos de la ley. Su única finalidad, así expresada en el propio art. 33.2 LOTC, es «evitar la interposición del recurso». El problema es el «coste» que esa evitación provoca para el sistema de fuentes y la seguridad jurídica. Para llegar a este resultado, las partes intervinientes en este proceso de «cooperación» (Administración General del Estado y ejecutivos de las comunidades autónomas), deben «concertar» cuál es la interpretación «conforme» con el orden constitucional y estatutario de distribución de competencias de aquellos preceptos sobre los cuales, previamente, la Administración General del Estado ha mostrado sus «discrepancias», normalmente acompañadas de un informe motivado. También pueden instar, en su caso, la modificación del texto normativo: pero el precario plazo que se prevé, junto con la necesidad de que esa modificación se tramite parlamentariamente, hacen de esta vía un cauce sin salida práctica o solo retórica.

Asimismo, en la esfera material local, se debe dejar constancia que este procedimiento de cooperación ha sido utilizado por la Administración General del Estado, al menos, en cuatro casos recientes de aprobación de leyes o normas jurídicas con fuerza de ley por parte de determinadas comunidades autónomas en materia de adaptación a sus respectivos marcos normativos de la LRSAL. Fueron los casos de Galicia, Andalucía, Illes Balears y Comunidad Foral de Navarra. Y las discrepancias se vehicularon sobre determinadas regulaciones autonómicas que tenían que ver con el desarrollo del art. 7.4 de la LBRL. Sin embargo, los acuerdos de las Comisiones Bilaterales respectivas, paradójicamente, no fueron los mismos. Algo así sucede con el quinto acuerdo, que viene representado por el caso vasco que sumariamente se analizará en esta Adenda. No obstante, en este último caso el problema era más grave; puesto que las discrepancias se manifestaban sobre diferentes aspectos de la Ley de Instituciones Locales de Euskadi. Algunos de ellos de innegable importancia política, aparte de jurídica.

19 Como «cauce de conciliación» denomina a este trámite establecido en el art. 33.2 LOTC, E. ESPÍN TEMPLADO: «Artículo 33», en J.L. REQUEJO PAGÉS: *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional / Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2011, pp. 495 y ss.

No cabe duda que, desde un punto de vista institucional y jurídico-constitucional, este mecanismo de «cooperación» (pues no puede ser denominado de otra forma), muestra unas debilidades más que evidentes. En efecto, que una ley aprobada por un Parlamento «se interprete» en cuanto a su alcance por una comisión formada por dos ejecutivos, no deja de llamar la atención. Ni que decir tiene que el valor de esa interpretación lo es solo para el objeto al que se encadena: evitar la impugnación de la ley a través de un recurso de inconstitucionalidad. No tiene ni puede tener otros efectos, salvo que ambas partes presentes en la Comisión Bilateral (que son miembros de los respectivos ejecutivos) deban seguir los criterios allí recogidos en los procesos de desarrollo reglamentario, en su caso, que se lleven a cabo de la citada Ley o en los supuestos en los que quepa la aplicación de sus previsiones por parte de sus respectivas Administraciones Públicas.

Pero el problema radica esencialmente en que la LILE es un texto normativo que, principalmente (no de forma exclusiva, bien es cierto), contiene previsiones cuyos destinatarios son los municipios, así como otras entidades locales. Y en este punto es donde surgen los problemas aplicativos y la dificultad de extender mecánicamente la interpretación que ha llevado a cabo la citada Comisión Bilateral a otros niveles de gobiernos e instituciones no afectadas o involucradas en la gestión del acuerdo.

Parece obvio resaltar que difícilmente ese Acuerdo puede obligar al Parlamento en su función legislativa futura. Que lo pueda tener en cuenta o no, así como valorar su alcance interpretativo en los procedimientos de producción normativa, es otra cosa. Pero no tiene ningún carácter preceptivo para la instancia representativa autonómica, ni para las Cortes Generales (aunque algunas de sus consideraciones puedan tomarse como meras directivas). Tampoco tal contenido interpretativo condiciona ni debe hacerlo la función de los órganos jurisdiccionales. También podrán valorar la interpretación que se ha hecho, pero poco más. Su criterio interpretativo será determinante. Ello implica que un juez o tribunal podrá, perfectamente, seguir los criterios de esa interpretación conforme realizada por la Comisión Bilateral, apartarse de ellos e, incluso, si lo estima necesario, plantear una cuestión de inconstitucionalidad sobre algún aspecto de la citada Ley. El Tribunal Constitucional para admitir a trámite la citada cuestión, sin duda, valorará la argumentación del juez «a quo» en relación con el Acuerdo de la Comisión Bilateral (que ha sido comunicado en su día al propio Tribunal Constitucional), pero si abre nuevas vías o plantea interpretaciones distintas a las suscitadas en el citado acuerdo, el Tribunal Constitucional deberá evaluarlas, aunque esté tentado en muchas ocasiones a inadmitir por Auto el planteamiento de la cuestión siguiendo los criterios interpretativos esgrimidos en el acuerdo reiterado. Pero si estos no obligan a los jueces y tribunales, menos

aún al Tribunal Constitucional, como es obvio. Tampoco cabe descartar que al Tribunal Constitucional puedan llegar, previo agotamiento de los recursos ordinarios, recursos de amparo suscitados como consecuencia de la aplicabilidad de la LILE, especialmente en el ámbito de los derechos de los representantes políticos locales que allí se recogen. Como es obvio, lo que en ese Acuerdo se haya adoptado en nada condiciona la posición final del Tribunal Constitucional. Se comunica este Acuerdo de Comisión Bilateral al propio Tribunal Constitucional con la única finalidad de que se entienda cumplido el trámite formal previsto en la LOTC.

Tampoco tales criterios interpretativos obligan al nivel de gobierno local y a sus operadores jurídicos, quienes podrán definir el alcance de una norma que está plenamente vigente, de conformidad con las pautas hermenéuticas que se defiendan en cada caso, siempre que estas sean razonables y lógicas. Es verdad que, por una elemental razón de prudencia institucional, la existencia de ese acuerdo de la Comisión Bilateral puede servir de pauta interpretativa para aplicar la LILE en cada nivel de gobierno local. Pero ello no es una exigencia que se derive de ninguna efectividad jurídica del citado acuerdo, pues en este caso carece de ella.

Ciertamente, el modelo diseñado por el art. 33 LOTC requeriría un análisis en profundidad que aquí no puede hacerse. Falta, hoy por hoy, un tratamiento monográfico y exhaustivo de tan atípico instrumento de cooperación, que defina exactamente cuál es su papel jurídico-institucional y, concretamente, sus propios efectos jurídicos. Tampoco me consta que se haya realizado un estudio aplicado a la realidad local de ese instrumento de cooperación, al menos a las últimas leyes y normas con fuerza de ley de las comunidades autónomas sobre las que se han desplegado Comisiones Bilaterales y acuerdos de las mismas.

En todo caso, lo que aquí sigue es una mera exposición de las líneas interpretativas a las que se ha llegado en la citada Comisión Bilateral, en relación con los artículos (o incisos de enunciados normativos) de la LILE sobre los que se plantearon en su día «las discrepancias» por parte de la Administración General del Estado. Tal como se verá, algunas de esas interpretaciones son, cuando menos, chocantes; pero otras parecen abrir ámbitos de intervención inexplorados a los gobiernos locales, siempre que los respectivos legisladores autonómicos así lo promuevan. Tal vez por ello es importante este rápido escrutinio de tales cuestiones, para conocimiento general.

Los artículos sobre los que se plantearon las discrepancias fueron los siguientes: 6.1) y 2), 27.3), 30.2), 31.2), 32.4), 38, 40, 68, 80.5), 80.6), 82, 115, 116, la Disposición adicional primera y la Disposición Transitoria Tercera de la Ley del País Vasco 2/2016, de 7 de abril, de Instituciones Locales de Euskadi (LILE).

En virtud del Acuerdo publicado como Anexo a la Resolución de 11 de enero de 2016, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local[20] –y de conformidad con lo previsto en el art. 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, ambas partes consideran solventadas las discrepancias existentes y llevan a cabo a través del citado Acuerdo una serie de interpretaciones sobre el alcance de tales enunciados normativos que serán analizadas sucintamente en cuanto a sus efectos por medio de la presente Nota.

En todo caso, cabe señalar que el citado procedimiento de cooperación establecido en el art. 33.2 LOTC, solo produce, en principio, los efectos jurídicos previstos en la norma: eludir o evitar por ese cauce la interposición o formalización del recurso de inconstitucionalidad por parte de la Presidencia del Gobierno central y trasladar ese Acuerdo al Tribunal Constitucional, así como dar publicidad al mismo en el BOE y en el BOPV. No se ha propuesto, en este caso, la modificación de ninguno de los enunciados normativos (art. 33.2 b), lo que hubiese conllevado la necesidad de tramitar la reforma de la Ley en sede parlamentaria.

Por consiguiente, al margen del valor interpretativo que para ambas partes suscribientes pueda tener el citado Acuerdo, tal como ya se ha expuesto anteriormente no cabe duda que no tiene otro valor jurídico que vaya más allá de tal carácter. Ello no impediría, por consiguiente, interpretaciones divergentes por parte de otros operadores institucionales, así como, en su caso, el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad por parte de los juzgados o tribunales.

En cualquier caso, la importancia práctica que tiene este Acuerdo no se puede orillar. En efecto, este Acuerdo supone que toda la Ley 2/2016, de 7 de abril, de instituciones locales de Euskadi, sigue plenamente vigente y no será, en ningún caso, objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte de la Presidencia del Gobierno (algo que hubiese supuesto, salvo caso de pactarse su no utilización, la invocación del art. 161.2 CE y la suspensión automática de los artículos impugnados). Esa vigencia supone también la plena aplicabilidad de los preceptos de la Ley, al margen de las consideraciones que se manifiestan en el citado Acuerdo. Esa aplicabilidad, sin embargo, se puede ver ciertamente condicionada en algunos casos por una razón obvia de prudencia institucional, lo que conlleva que se tengan (o se puedan tener) en cuenta por parte del aplicador jurídico (órganos estatales, autonómicos, forales, instituciones locales y jueces; y en fin, ciudadanos o entidades) las consideraciones vertidas en tal Acuerdo, que pueden circunscribir (como criterio interpretativo «pactado»; no se olvide entre

20 *BOE*, 21, de 25 de enero de 2016, pp. 6571 y ss.

dos «Ejecutivos») el alcance de los diferentes enunciados de una Ley sobre los cuales se plantearon las consabidas «discrepancias».

Pero no cabe obviar que estos Acuerdos están suscritos entre dos Ejecutivos, y este en concreto se proyecta sobre la interpretación de una Ley aprobada por el Parlamento Vasco. El principio de separación de poderes aconsejaría ser muy cautos a la hora de definir el alcance jurídico y las consecuencias efectivas de tal Acuerdo. Sea cual fuere el alcance jurídico de ese instrumento (a nuestro juicio de mero criterio interpretativo que era necesario formalmente para evitar el planteamiento del recurso de inconstitucionalidad que hubiese sido la consecuencia de no alcanzarse tal acuerdo), lo que sí parece obvio es que una interpretación como la alcanzada representa un Acuerdo político de singular importancia por los efectos inmediatos que comporta: salvar –al menos en términos formales– el contenido de la Ley y evitar un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto.

Se cuestionaba el apdo. 1 del art. 6.1 LILE, relativo a la lengua oficial de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi. En concreto, la referencia al uso «general» contenida en el art. 6.1 párrafo primero de la Ley del País Vasco 2/2016, de 7 de abril. Esa expresión «ha de interpretarse con el alcance que la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio en su Fundamento Jurídico 14, ha dado al uso calificado como 'normal'». Era un tema políticamente importante, pues se consideraba al euskera como lengua de «uso normal y general». No parece que tenga consecuencias relevantes esa subsunción. La fuerza normativa del precepto se mantiene en sus propios términos.

También se cuestionaba el art. 6.2 de la LILE, apdo. 2. Y, en este punto, el Acuerdo entiende que «la recta interpretación del citado apartado determina que ha de entenderse y aplicarse en el sentido de que no establece obligación ni carga alguna respecto al hecho de alegar desconocimiento de la lengua, al objeto de poder ejercitar el derecho de opción entre el castellano y el euskera». Tampoco parecen derivarse especiales consecuencias de esa interpretación, ya que lo único que parece reconocer es que por parte de la Administración se tenga especial diligencia cuando se pueda hipotéticamente lesionar el derecho a algún miembro de la entidad local (excluyendo la obligación de alegar que parecía derivarse de la norma). En lo demás el precepto es aplicable en su integridad.

El art. 27.3 LILE, prevé la posibilidad de que el alcalde no solo delegue sus competencias, con determinadas limitaciones, en concejales, sino también en directivos y determinados funcionarios. El Acuerdo afirma que tal enunciado «se ha de interpretar con arreglo a la normativa básica de régimen local, es decir, de acuerdo a las limitaciones que establece la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, y en especial, a las previstas por los arts. 21.3) y

23.4) de la misma a propósito de los municipios de régimen común, y por el art. 124.5) a propósito de los municipios de gran población». Esta interpretación del art. 27.3 hace suyas las limitaciones establecidas en la LBRL, especialmente las previstas en los artículos citados. Esa lectura tiene, a su vez, dos alcances distintos: el primero es que no cabrían otras delegaciones que las establecidas en tales preceptos (por tanto, solo cabría la delegación en Concejales en los municipios de régimen común; y en estos y directivos en los municipios de gran población); el segundo sería que se deben respetar esas limitaciones (el enunciado de la LBRL dice que «puede delegar»), pero que no impediría el uso de lo establecido en el art. 27.3 LILE para los supuestos previstos en este precepto, sin perjuicio de mantener las delegaciones establecidas en la legislación básica. Los términos que se utilizan («de acuerdo con las limitaciones») parecen conducir más bien a la primera opción, lo que de ser correcta esta lectura vaciaría de contenido normativo el citado art. 27.3 LILE. Aunque esta interpretación cabe adoptarla con cautelas, puesto que el propio Acuerdo –como se verá– cuando quiere manifestar que la interpretación dominante es la de la legislación básica mientras esta no se modifique, así lo dice. Puede ser una interpretación que genere alguna confusión, pues parece negar el que el legislador autonómico abra más la delegación, sin perjuicio de respetar la normativa básica. Lo que no se justifica más que por un reenvío a una norma básica, además de contenido potestativo.

Por su parte, el art. 30.2 LILE establece la publicidad de las sesiones de la Junta de Gobierno. El Acuerdo considera que no se vulnera la legislación básica, dado que tal regla se condiciona a que el ordenamiento jurídico no establezca lo contrario. La recta interpretación por la que aboga el Acuerdo parece conducir derechamente a que las sesiones de la junta de gobierno local no serán públicas mientras no se modifique la legislación básica local. Se da primacía a la normativa básica, con apoyo en la citada expresión «o el ordenamiento jurídico establezca lo contrario».

El art. 31.2 LILE regula el régimen electoral municipal. El Acuerdo relaciona este enunciado con lo previsto en el art. 31.1, donde se establece que «El régimen jurídico de las representantes y los representantes municipales vascos es el establecido con carácter general en la legislación básica de régimen local y en la legislación electoral». La interpretación del alcance del enunciado del art. 31.2 LILE se debe hacer, según el Acuerdo, de conformidad con lo previsto en el apdo. 1 del mismo artículo. Reenvía, por tanto, a la normativa integrante del «bloque de la constitucionalidad» en esta materia. Se trata de un reenvío elíptico, que parece dejar las cosas como están: es decir, vacía el sentido del enunciado normativo con el reenvío al apartado primero. Pero, paradójicamente, dice que se ha de interpretar también de acuerdo con el art. 37.3.e) EAPV, que re-

conoce la competencia de régimen electoral local como de los órganos forales de los Territorios Históricos. La confusión, una vez más, es la nota dominante.

Un artículo sobre el que se plantearon discrepancias y que, sin embargo, no aparece interpretado en el Acuerdo es el apdo. 4, del art. 32, que establece una regulación ciertamente singular de los derechos económicos y régimen de dedicación de los representantes y las representantes de las entidades locales (régimen de asistencias). Cabe entender que, por tanto, las discrepancias mostradas inicialmente han quedado plenamente solventadas. Por consiguiente, el precepto debe entenderse aplicable en sus propios términos, sin que se haya suscitado criterio interpretativo alguno.

También se plantearon discrepancias frente a los arts. 38 y 40, que regulaban las funciones y provisión de puestos de los directivos públicos profesionales. En realidad, estas discrepancias obedecían a una suerte de cautela «corporativa» de la Administración General del Estado en torno a las funciones de los funcionarios con habilitación de carácter nacional y, especialmente, a la reserva de funciones de autoridad (o al ejercicio directo o indirecto de potestades públicas reservadas a funcionarios por el EBEP y la LBRL). En este caso, se puede decir que la regulación de la LILE es directamente aplicable y no tiene objeciones serias de ningún tipo, pues tales cuestiones ya se advertían en la propia regulación legal establecida por el legislador vasco (art. 39.1 LILE, que no fue objeto de «discrepancias», pero que debería haber servido como canon interpretativo de los arts. 38 y 40 LILE). No se advierte contradicción alguna con la LBRL o con el EBEP en esa regulación del personal directivo, simplemente la LILE avanza mucho más en una serie de puntos, al regular legalmente esa figura «pionera» en relación con la legislación básica local y las leyes autonómicas dictadas hasta la fecha.

Hay, asimismo, un conjunto de preceptos en materia de participación ciudadana sobre los cuales la Administración del Estado planteó discrepancias. Así, se cuestionaba el art. 68, que regula la participación ciudadana y la potestad de autoorganización local, así como el carácter vinculante de los instrumentos de participación en ciertos casos. El Acuerdo establece que el tenor literal de ese artículo citado respeta la legislación básica al hacer referencia en su inciso final a que «el ordenamiento jurídico establezca lo contrario». En este caso concreto el Acuerdo es más categórico aún que en los supuestos anteriores: «en tanto dichos preceptos básicos (arts. 69.2 y 71 LBRL) no resultaren modificados, tales formas de participación no podrán tener carácter vinculante». Por tanto, se da primacía aplicativa a la LBRL en función de la excepción que prevé la propia norma vasca («o el ordenamiento jurídico establezca lo contrario»).

Por su parte, el art. 80.5 LILE regula la participación en las consultas populares de extranjeros residentes, así como de personas que tengan al menos 16

años de edad. El Acuerdo considera que tales supuestos excepcionales se aplican a las consultas del art. 81 (consultas sectoriales o territoriales), pero no a las del art. 80 (consultas populares). La interpretación del Acuerdo no deja de ser singular, puesto que «salva» el enunciado normativo poniéndolo en relación con las consultas sectoriales o de ámbito territorial reguladas en el artículo siguiente, lo que viene a decir que, a pesar de estar situado ese enunciado en el art. 80 («consultas populares»), se aplica en los casos de las sectoriales o territoriales; lo cual, en cualquier caso, al margen de su carácter manipulativo en términos sistemáticos, se puede entender como un avance, ya que rompe por primera vez el discurso monolítico –también defendido por la jurisprudencia constitucional– de que solo existían un tipo de consultas, que eran las del art. 71 LBRL (unificando a su vez de manera poco adecuada «referéndum» con «consultas ciudadanas locales» o «consultas populares locales»). Ello permitirá que en las consultas derivadas de la aplicación del art. 81 (sectoriales o territoriales) puedan votar aquellas personas que tengan más de 16 años y los extranjeros, tal como se interpreta ese enunciado por el Acuerdo. En todo caso, parece admitirse implícitamente que el art. 80 regula las consultas populares en su aspecto de régimen general, no solo las conectadas con el art. 71 LBRL.

Por su parte, el art. 80.6, regulaba una vez más el carácter vinculante de las consultas populares. No obstante, ese mismo precepto establecía que ello sería así «siempre que no existiera norma legal que impidiera total o parcialmente su realización». La interpretación del Acuerdo es la misma que en el caso del art. 68 LILE: prima la legislación básica y, por tanto, mientras esta no se modifique (arts. 69.2 y 71 LBRL), se aplica esta y no la LILE. Las consultas populares, por tanto, al menos de momento, no podrán tener carácter vinculante, según interpreta el Acuerdo.

Y, en fin, el art. 82 LILE regula las consultas ciudadanas abiertas de carácter local sobre políticas públicas o decisiones políticas de especial relevancia. Sobre este tipo de consultas el Acuerdo establece que «de conformidad con el bloque de la constitucionalidad y la normativa estatal de aplicación, ha de interpretarse en el sentido de limitar su aplicación, en este caso respecto de las consultas locales, a las consultas municipales a que se refiere el art. 81, es decir, a las consultas de naturaleza sectorial o de ámbito territorial limitado, excluyendo por tanto la aplicación de lo dispuesto en los arts. 81 y 82 a aquellas consultas cuyo destinatario incluya el conjunto de ciudadanos que tienen reconocido el derecho de sufragio activo en un determinado ámbito territorial, es decir, el cuerpo electoral de dicho ámbito». Por tanto, el art. 82 se «salva» mediante esta interpretación llevando a cabo un (nuevo) acotamiento material de su objeto, ya que –según el Acuerdo– esta modalidad de consultas «abiertas» solo podrá ser practicada en los casos en que se lleven a cabo consultas sectoriales o territoriales en los tér-

minos establecidos en el art. 81 LILE (interpretación que contradice de forma clara el enunciado que encabeza el propio art. 82). Esa interpretación excluye las «consultas populares» que tengan como cuerpo electoral aquel que tiene reconocido el derecho de sufragio en ese ámbito territorial. Por consiguiente, este art. 82 –según esa interpretación– conllevaría solo unas especialidades procedimentales (propias de una «consulta abierta» en el tiempo y por medios diferentes a la emisión del voto presencial) en aquellas consultas sectoriales o territoriales establecidas en el art. 81 LILE. En todo caso, en esta interpretación parece admitir definitivamente, como decíamos, esta nueva modalidad de consultas, lo que abre un escenario de interés en el ámbito de la participación ciudadana. Y no solo para la Comunidad Autónoma de Euskadi, sino también para otras comunidades autónomas que impulsen este tipo de modalidades participativas.

También se formularon discrepancias sobre el art. 115, que regulaba el régimen de endeudamiento, presupuestario o de contabilidad. Pero este es un tema muy específico del marco singular de financiación de las instituciones vascas y, tal vez, no resulta de especial interés para otras soluciones comparadas. En el Acuerdo la interpretación de este artículo se basa en el respeto a la normativa básica en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

Lo mismo cabe decir del art. 116, que regula los planes económico-financieros. Se reconoce en el Acuerdo que tal precepto se aplicará e interpretará dentro de los límites y de conformidad con lo establecido en la normativa básica estatal. Llama poderosamente la atención que, dentro de esta, se incluya una Orden Ministerial (HAP/2015/2012; donde en su disposición adicional única se modula su aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco). La referencia a la LBRL debe entenderse hecha al art. 116 bis y su alcance ha sido definido por la STC 41/2016.

Una discrepancia puntual era la que se formuló sobre un inciso de la Disposición Adicional Primera, donde se regulaba la potestad normativa local, que decía expresamente: «en los municipios de gran población la junta de gobierno local podrá, en su caso, dictar disposiciones de carácter general sobre las materias de su propia competencia». El Acuerdo debería haber limitado su alcance a esa discrepancia y no a toda la disposición adicional primera, que no se cuestionaba (lo que parecía admitir una potestad normativa del alcalde en materia de organización, en desarrollo de ordenanzas sectoriales o en la modificación de cuantías o porcentajes de las ordenanzas como consecuencia de cambios legales. Esta importante regulación no cuestionada en principio, queda sin embargo oscurecida por una interpretación no coherente del Acuerdo, que se expresa en los siguientes términos: «Ambas partes entienden que la Disposición Adicional Primera, y en particular la posibilidad referenciada en su último inciso transcrito,

deberá interpretarse de acuerdo con las disposiciones básicas aplicables, y por tanto procederá su aplicación en el caso de que la normativa básica posibilite la atribución de dicha potestad reglamentaria». La discrepancia, tal como se ha dicho, solo se proyectaba sobre ese inciso de la disposición adicional primera, además subjetivamente volcada sobre los municipios de gran población, cuyo alcance del enunciado debe ser interpretado de conformidad con la legislación básica, lo que no excluye esa atribución cuando así se reconozca. Pero en el caso de los municipios de régimen común –en el que nada se había advertido sobre discrepancia alguna en el escrito del Ministerio– el Acuerdo da la impresión de que parece querer extender su interpretación a todo el contenido en la citada Disposición, sobre todo tal y como comienza la redacción del mismo («Ambas partes advierten que la Disposición adicional primera»). Si así fuera, la incertidumbre jurídica plantearía sobre el ejercicio de esa potestad reglamentaria singular (y ciertamente avanzada, amén de operativa) a favor de quien sea titular de la Alcaldía en los supuestos establecidos en la norma (disposición adicional primera LILE). Y, asimismo, si esa fuera la interpretación, se vaciaría por completo el enunciado normativo; lo que no parece ni lógico, ni razonable, ni proporcionado. La coherencia entre lo manifestado en el escrito de planteamiento de discrepacias por parte de la Administración General del Estado y la interpretación que se despliega en el Acuerdo, debería conducir a estimar que solo se proyecta el mismo sobre el enunciado en el que se han manifestado las discrepancias (aunque el Acuerdo dice «y en particular»; lo que no parece excluir al resto). No obstante, los términos de la redacción planteada introducen, al menos, un factor de confusión en un tema particularmente importante y de consecuencias jurídico-políticas relevantes.

Por último, la disposición adicional tercera regula la continuidad de actividades, servicios o prestaciones. En este punto se planteaba una cuestión ya resuelta (aunque de modo no siempre uniforme) por diferentes Comisiones Bilaterales entre la Administración del Estado y algunas Comunidades Autónomas. En este punto el Acuerdo no deja de ser ciertamente ambiguo. No procede aquí su reproducción, pero en este caso la claridad no es precisamente la nota dominante en la interpretación de este enunciado normativo de la LILE. A diferencia de otros Acuerdos anteriores de la Comisión Bilateral con otras Comunidades Autónomas (tales como Galicia, Andalucía, Illes Balears o Comunidad Foral de Navarra), en este caso el texto parece ser menos incisivo, si bien da por supuesto que se deben cumplir las exigencias recogidas en el art. 7.4 LBRL, y que estos requisitos operan para las competencias distintas de las propias que estuviesen ejerciendo las entidades locales en el momento de entrada en vigor de la Ley. No queda claro en el texto del Acuerdo si se refiere a la LRSAL o a la LILE, por lo que parece que caben ambas lecturas. En todo caso, el tiempo transcurrido desde la entrada

en vigor de la LRSAL hace innecesaria o, al menos, poco operativa esa referencia, siempre que sea (como parece) a la propia Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Y la LILE atribuye tal haz de competencias propias a los municipios, que será ciertamente excepcional que se produzca un supuesto de esas características. La interpretación final del Acuerdo salva, no obstante, todo tipo de problemas, puesto que confiere a las «instituciones competentes» en materia competencial (generalmente la Comunidad Autónoma o los órganos forales de los territorios históricos) y en materia de tutela financiera (las Diputaciones Forales) el control de que tales previsiones se cumplan.

Este Acuerdo de la Comisión Bilateral, en los términos que está redactado, garantiza, al menos formalmente, la plena vigencia de la Ley de Instituciones Locales vascas en su integridad, si bien matiza (en algunos casos de forma importante) la aplicabilidad de algunos de esos preceptos. Así, en ciertos casos se prevé la preferencia aplicativa de la legislación básica frente a la LILE, mientras aquella no se modifique; en otros afirma que se debe interpretar el alcance de tales enunciados de conformidad con lo establecido en la legislación básica de régimen local (o, en algún supuesto, de acuerdo con la legislación básica electoral o económico-financiera), mientras que en algunos supuestos se admite (de forma expresa o tácita) la intervención normativa ulterior de las instituciones autonómicas o forales competentes.

En cualquier caso, hay algunos preceptos o enunciados normativos de la LILE cuyo alcance real en estos momentos queda sometido a cierto grado de incertidumbre (especialmente el art. 27.3 y la disposición adicional primera, entre otros). La interpretación propuesta no parece coadyuvar (al menos en esos supuestos) a reforzar la seguridad jurídica. Pero, tal como decíamos al principio, sin perjuicio del valor que puedan tener tales interpretaciones efectuadas en el seno de esa Comisión Bilateral, su valor jurídico no deja de ser relativo en cuanto que no pueden condicionar plenamente otras lecturas o interpretaciones futuras que lleven a cabo los operadores jurídicos, los tribunales de justicia o el propio Tribunal Constitucional. Otra cosa es que se tengan en cuenta y se valoren (por razones obvias de prudencia institucional) tales interpretaciones contenidas en el Acuerdo a la hora de determinar el alcance que cada enunciado de la LILE tiene. Pero, la Ley de instituciones locales de Euskadi mantiene su vigencia plena (en cuanto que no ha sido suspendida tras una impugnación ante el TC) y es plenamente aplicable, en los términos que tal Ley establece y en el marco de la legislación básica actualmente en vigor. Esto, en sí mismo, es un gran paso adelante, sobre todo teniendo en cuenta que se trata de una ley que «rompe el molde tradicional» de los marcos normativos hasta ahora existentes en España sobre gobierno local. Algo, siquiera sea poco a poco, va cambiando en el panorama institucional local.

La relación entre informe urbanístico previo y licencia de obras en el marco de la autorización ambiental integrada

Germán Valencia Martín

RESUMEN

Este pequeño trabajo relata la curiosa historia de una regulación básica, la contenida en el artículo 5 del Reglamento de 2007 de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, que halló eco en alguna decisión judicial (Sentencia del caso «Biodiesel Alicante, SL») y que pervive todavía en algunas legislaciones autonómicas. Frente a lo establecido en aquel precepto, en el trabajo se defiende que el informe urbanístico que ha de emitir el Ayuntamiento en la antesala del procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada no puede, en ningún caso, resultar vinculante para con la ulterior licencia de obras, de competencia también municipal, debido al carácter estrictamente reglado de esta última. Y se analizan también los supuestos en los que la denegación de la licencia, habiendo mediado informe previo favorable, puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por parte del Ayuntamiento.

Palabras clave: autorización ambiental integrada, informe urbanístico previo, licencia de obras, responsabilidad patrimonial de la Administración local.

ABSTRACT

This paper tells the curious story of a basic regulation, the one contained in article 5 of the 2007 Regulation of the Law on Integrated Prevention and Control of Pollution, which was reflected in some judicial decision (Judgment of the case «Biodiesel Alicante, SL») and which still survives in some regional legislations. Against what is stated in that article, in this paper is defended that the urban planning report to be issued by the City Council in the

run-up to the procedure for granting the integrated environmental authorization cannot, in any case, be binding on the subsequent planning permission, also of municipal competence, due to the strictly regulated character of the latter. The paper also analyzes the cases in which the denial of the license, having mediated a favorable previous report, can give rise to town´s liability.

Key words: integrated environmental authorization, previous urban planning report, planning permission, town's liability.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. EVOLUCIÓN NORMATIVA: 1. La cuestión en la Ley 16/2002. 2. La desafortunada regulación del Reglamento de 2007. 3. Las legislaciones autonómicas anteriores y subsiguientes. 4. La rectificación del nuevo Reglamento de 2013 y su eco en las legislaciones autonómicas. 5. ¿Amortización de la licencia de obras en la nueva legislación valenciana? III. NO VINCULACIÓN, SINO RESPONSABILIDAD: 1. No vinculación: el carácter reglado de las licencias de obras. 2. Responsabilidad: 2.1. Por error. 2.2. Por cambio de planeamiento. IV. AUTORIZACIÓN ESPECIAL EN SUELO NO URBANIZABLE: 1. Su relación con el informe urbanístico previo. 2. Articulación con la autorización ambiental integrada. V. REVISIONES PERIÓDICAS Y ANTICIPADAS DE LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES INTEGRADAS: 1. Contexto y tipología. 2. El informe urbanístico previo en el procedimiento simplificado. VI. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La autorización ambiental integrada (en adelante, AAI), la más avanzada técnica de prevención y control de la contaminación industrial disponible en nuestro ordenamiento, procedente del Derecho comunitario europeo y cuyo otorgamiento compete a las Administraciones autonómicas, es no obstante una autorización de carácter en principio estrictamente ambiental, que no incluye la comprobación del cumplimiento de los requisitos para la construcción y puesta en funcionamiento de las instalaciones establecidos por otras normativas sectoriales, entre ellas, por lo que aquí importa, la ordenación territorial y urbanística, ni reemplaza, por tanto, a estos efectos a la tradicional licencia de obras de competencia municipal, que, siguiendo las pautas habituales de nuestra legislación del ramo (prelación de la licencia de actividad respecto de la de obras), sólo puede obtenerse, cuando resulte necesaria, una vez conste el otorgamiento de aquella[1].

1 La bibliografía sobre la AAI es lógicamente muy abundante. Vid., entre otros: LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. / RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: *La autorización ambiental integrada (es-*

Tratándose, pues, de títulos habilitantes independientes y con una secuencia temporal bien definida (primero AAI y después licencia de obras), la legislación básica en la materia previó también, de manera muy razonable y adaptando previsiones incluidas en la regulación de la vieja licencia de actividades clasificadas, que el procedimiento para la obtención de la AAI no se iniciara sin haber solicitado primero un «informe urbanístico» del Ayuntamiento en cuyo término municipal se proyectara emplazar o estuviera ubicada la instalación, con el fin de evitar para todos (solicitante y Administración) las pérdidas de tiempo y los gastos que se derivarían de la tramitación de un largo, complejo y costoso procedimiento, como es el de la AAI, que resultara a la postre inútil por la imposibilidad de obtener la licencia de obras [arts. 12.1.b) y 15 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación][2].

Esa misma legislación básica (la Ley 16/2002) no se detuvo, sin embargo, a regular las relaciones entre el informe urbanístico previo y la posterior licencia de obras de la propia Corporación municipal, cosa que, en cambio, sí haría unos años después (con carácter igualmente básico) el art. 5 del Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 509/2007, de 30 de abril, en unos términos, a mi juicio, desafortunados (inducidos, como veremos, por el dictamen del Consejo de Estado sobre el proyecto de reglamento), que suponían la

tudio sistemático de la Ley 16/2002, de Prevención y Control integrados de la contaminación), Madrid, Civitas, 2002; REVUELTA PÉREZ, I.: *El control integrado de la contaminación en el Derecho español*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2003; VALENCIA MARTÍN, G. y otros: *Estudios sobre la Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003; GARCÍA URETA, A. (ed.): *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, Monografía VII de la Revista Aragonesa de Administración Pública, Zaragoza, Gobierno de Aragón (2004); BAUCELLS I LLADOS, J. / VERNET I LLOBET. J. (coords.): *La prevención y el control integrados de la contaminación*, Madrid / Barcelona, Marcial Pons, 2004; FORTES MARTÍN, A.: *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*, Madrid, Ecoiuris, 2004; PERNAS GARCÍA, J.J.: *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*, Barcelona, Atelier, 2004; y LOZANO CUTANDA, B. / SÁNCHEZ LAMELAS, A. / PERNAS GARCÍA, J.J.: *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada (Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia)*, Madrid, La Ley, 2012.

2 El art. 15 de la Ley sería objeto más tarde de una leve modificación (en lo relativo a su título, que pasó a ser «Informe urbanístico *del Ayuntamiento*» –la cursiva es nuestra–) por medio de la Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. En cumplimiento de la Disposición final segunda de esta Ley 5/2013, se ha aprobado recientemente, por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, que sustituye, derogándola, a la Ley 16/2002. Los dos preceptos arriba mencionados [arts. 12.1 b) y 15] siguen teniendo la misma numeración en el nuevo Texto Refundido de la Ley.

«vinculación» de la licencia al referido informe en los aspectos contemplados por este, y que dieron lugar o sirvieron de refuerzo a algunas decisiones judiciales igualmente, a mi entender, desacertadas en relación con este extremo[3].

El mencionado art. 5 del Reglamento de 2007 decía, en efecto, lo siguiente:

> El informe urbanístico regulado en el artículo 15 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible.
>
> *No obstante las cuestiones sobre las que se pronuncie dicho informe vincularán al ente local en el otorgamiento de las licencias o autorizaciones que sean exigibles* [la cursiva es nuestra].

En esta línea, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2012, relativa a un proyecto de construcción de una planta de biodiesel en el Puerto de Alicante (finalmente no realizado), que fue la que me animó a llevar a cabo las reflexiones e indagaciones que ahora me he decidido a publicar, consideró ilegal (en el único extremo de la Sentencia que ahora importa) la denegación por el Ayuntamiento de Alicante de la licencia de obras para la instalación por haber emitido previamente en el procedimiento de otorgamiento de la AAI un informe favorable acerca de su compatibilidad urbanística, lo que, a juicio del Tribunal, iba en contra del principio de «vinculación a los propios actos» recogido en el Reglamento de desarrollo de la Ley 16/2002, que, aunque no era de aplicación directa al caso por su aprobación posterior a los hechos, se menciona como refuerzo de la argumentación[4]. Las palabras de la Sentencia sobre este asunto (FJ 7) eran las siguientes:

> Comenzando por el aspecto urbanístico, el punto de partida lo debemos poner en el principio general del derecho de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», es decir, *la Administración Municipal en la licencia de obras no puede ir contra el informe favorable que diera en su momento para la obtención de la «autorización ambiental integrada»*, así lo recoge el art. 5 del Real Decreto 509/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley

3 Real Decreto 509/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación; parcialmente modificado con posterioridad por el Real Decreto 367/2010, de 26 de marzo; y luego derogado y sustituido por el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre.

4 Sentencia (núm. 406/2012) de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Primera) del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2012 (núm. de recurso 188/2008), que estima en apelación el recurso interpuesto por la empresa promotora de la planta, «Biodiesel Alicante, SL», contra la denegación por el Ayuntamiento de las licencias de obra y actividad.

> 16/2002 [...], criterio que igualmente podemos ver en la sentencia de la Sección Segunda del T.S de Justicia de Galicia nº 879/2009 de 17.09.2009.
>
> [...] para ser admisible el argumento del Ayuntamiento de Alicante debería partir de la afirmación de que el proyecto presentado a «autorización ambiental integrada» y el presentado al Ayuntamiento para la licencia de obras son diferentes, *de lo contrario, no puede denegar la licencia* [las cursivas son nuestras].

El nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, ya no contiene una previsión semejante, con lo que implícitamente cabe entender rectificado el erróneo criterio del Reglamento anterior[5]. De todas formas, creo que aún conserva algún interés dedicar unas páginas al tratamiento de esta cuestión (que no ha merecido en los últimos años una especial atención por parte de la doctrina[6]) por un doble motivo. En primer lugar, para dar cuenta de esta curiosa evolución normativa (que no he visto narrada en otro lugar), incluyendo una referencia al tratamiento autonómico del mismo problema que ha venido acompañando a las referidas disposiciones reglamentarias estatales hasta el momento presente (a ello dedicaremos el apdo. II del trabajo). Y, en segundo lugar, porque, una vez resuelta la cuestión, como creo debe hacerse, no en términos de «vinculación» de la licencia al informe urbanístico previo, sino de eventual «responsabilidad» patrimonial del Ayuntamiento por denegación de la licencia habiendo mediado un informe previo favorable, conviene plantearse los supuestos y el alcance de dicha responsabilidad (a este respecto, el apdo. III).

5 Art. 7 (Informe urbanístico del Ayuntamiento) del Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre.

6 Sobre los temas aquí examinados, además de las obras citadas en la primera nota, vid., entre otros: BASSOLS COMA, M., «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», *Revista de Derecho urbanístico y medio ambiente*, 200 (2003), pp. 13 y ss.; AGOUES MENDIZÁBAL, C., «Autorización ambiental integrada y licencias municipales de obras y actividades clasificadas», en A. García Ureta (ed.), *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*, op. cit., págs. 99 y ss.; y ALONSO GARCÍA, Mª C., «La intervención de las entidades municipales en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada», en: J. Esteve Pardo (coord.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2ª ed., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2006, pp. 37 y ss. Vid. también el interesante estudio de CEOE-CEPYME, *Las cargas administrativas soportadas por las empresas españolas: Estudio de la autorización ambiental integrada. Resumen ejecutivo 2011*, elaborado en virtud de un convenio de colaboración con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que, sin embargo, se centra en otros aspectos del régimen de las AAI posiblemente más relevantes, como la renovación, las modificaciones sustanciales o el plazo de tramitación de la AAI para nuevas instalaciones.

Antes de pasar a las conclusiones, veremos si la problemática aquí abordada sufre o no algún cambio significativo cuando la instalación pretende ubicarse en suelo no urbanizable, precisando por este motivo una autorización especial de competencia autonómica (apdo. IV), así como en los procedimientos hoy en día predominantes en términos relativos de revisión periódica o anticipada de AAI ya concedidas en su momento (apdo. V).

II. EVOLUCION NORMATIVA

1. La cuestión en la Ley 16/2002

La Ley 16/2002, en su redacción originaria, no mencionaba ni una sola vez expresamente las licencias urbanísticas o de obras, ni al referirse a «las demás autorizaciones sustantivas o licencias que sean obligatorias», a las que había de preceder la AAI (art. 11.2), ni en ningún otro lugar (situación que ha permanecido inalterada tras sus posteriores reformas parciales, así como en el vigente Texto Refundido[7]).

Es curioso que no lo hiciera, teniendo en cuenta el esmero de la Ley en «coordinar» la, por entonces, nueva figura con el resto de autorizaciones necesarias para poner en funcionamiento las instalaciones sujetas a AAI, la mayor parte de las cuales sí merecieron, en cambio, una mención expresa (autorizaciones sustantivas de carácter industrial, licencia de actividades clasificadas, etc.). Pero ello no significa en absoluto que la Ley 16/2002 la considerara innecesaria o la diera por amortizada (tampoco contenía ninguna referencia a la licencia de obras la Ley catalana 3/1998[8], aunque sí ya la muy inmediata Ley de Castilla y León 11/2003[9]).

Quizás el legislador estatal consideró que a estos efectos bastaba con hacer referencia al informe urbanístico previo del Ayuntamiento (o informe de compa-

7 Simplemente, tras las modificaciones parciales de la Ley efectuadas por el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio y la Ley 5/2013, de 11 de junio, el art. 11.2 comenzaba (y en el Texto Refundido comienza) diciendo que «El otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como su modificación y revisión precederá, en su caso, a *los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos*, entre otros...» (la cursiva es nuestra), en sustitución de la expresión «autorizaciones sustantivas o licencias».

8 Ley 3/1998, de 27 de febrero, de la intervención integral de la Administración ambiental, que, como es sabido, fue la única en incorporar tempestivamente la Directiva 96/61/CE, y que, en muchos aspectos sirvió de modelo para la ulterior transposición estatal.

9 Art. 11.2 de la Ley 11/2003: «El otorgamiento de la autorización ambiental, así como la modificación a que se refiere el artículo 41 precederá en su caso a las demás autorizaciones sustantivas o licencias que sean obligatorias, entre otras: [...] b) La licencia urbanística».

tibilidad urbanística), que debía acompañarse a la solicitud de la AAI [arts. 12.1 b) y 15 de la Ley], el cual lógicamente presuponía la existencia de una ulterior licencia urbanística o de obras, pues en otro caso recibiría otro nombre y tendría otra naturaleza, no la de un simple informe[10].

Al establecer la exigencia de un informe urbanístico previo [«acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico», art. 12.1.b)], el legislador estatal (como antes el catalán) se inspiró claramente en la vieja regulación de las licencias municipales de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas por parte del RAMINP, que contemplaba ya la posible denegación de la licencia de actividad en una fase muy temprana de su tramitación por incompatibilidad del proyecto presentado con el planteamiento urbanístico u otras normas municipales (art. 30.1[11]).

Siendo la AAI una autorización de competencia autonómica, la Ley 16/2002 no hablaba ya en estos casos de «denegación», sino con toda lógica de «fin del procedimiento» y «archivo de las actuaciones», regulando, por lo demás, con bastante precisión (que no contenía la legislación catalana anterior) el régimen de dicho informe en cuanto a contenido, plazo y consecuencias de su emisión tardía en sentido desfavorable (art. 15[12]), pero sin hacer, como decíamos, una

10 BASSOLS COMA, M.: «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», *op. cit.*, pp. 24 y ss., hacía, no obstante, unas interesantes reflexiones sobre el órgano competente para emitir dicho informe, según se considerara un mero juicio técnico o una decisión municipal, como era a su juicio, inclinándose por ello por la competencia del Alcalde.

11 Art. 30 (tramitación municipal) del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas (RAMINP), aprobado por Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre (en la redacción dada al mismo por el Decreto 3494/1964, de 5 de noviembre): «Recibidos los documentos a que se refiere el artículo anterior, la Alcaldía podrá adoptar las siguientes resoluciones: 1. Denegación expresa y motivada de la licencia por razones de competencia municipal basadas en los planes de ordenación urbana, incumplimiento de ordenanzas municipales y en la existencia de una actividad municipalizada con monopolio que pueda resultar incompatible con la que se pretenda instalar».

12 Art. 15 (Informe urbanístico): «Previa solicitud del interesado, el Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación deberá emitir el informe al que se refiere el artículo 12.1.b de esta Ley en el plazo máximo de treinta días. En caso de no hacerlo, dicho informe se suplirá con una copia de la solicitud del mismo.

En todo caso, si el informe urbanístico regulado en este artículo fuera negativo, con independencia del momento en que se haya emitido, pero siempre que se haya recibido en la Comunidad Autónoma con anterioridad al otorgamiento de la autorización ambiental integrada, el órgano competente para otorgar dicha autorización dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones.»

sola referencia a la ulterior licencia de obras ni, por lo tanto, a la relación entre una y otro, es decir, al eventual carácter vinculante del informe para con la licencia[13]; quizás porque tales cuestiones jamás se plantearon en estos términos en el régimen del RAMINP, bajo el cual parecía claro que la falta de rechazo preliminar de la licencia por razones urbanísticas y la prosecución del procedimiento no excluía la posibilidad de denegar finalmente la licencia municipal (de actividad o de obras) por tales razones[14].

2. La desafortunada regulación del Reglamento de 2007

El Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley 16/2002, aprobado por Real Decreto 509/2007, de 30 de abril, fue un Reglamento tardío y, pese a su nombre, de desarrollo simplemente parcial (aunque, por supuesto, básico[15]), aprobado cuando estaba ya cercana la expiración del plazo de adaptación a la nueva normativa de las «instalaciones existentes», y pensado en buena medida para resolver algunos problemas que se estaban planteando en la práctica con este motivo[16]. Su desarrollo de la Ley es, por ello, fragmentario, en ocasiones discutible desde el punto de vista competencial (regulando cuestiones que, dejadas en blanco por la Ley, ya habían comenzado a ser desarrolladas por las le-

13 La resolución judicial que la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de abril de 2012 (caso «Biodiesel Alicante, SL») cita en apoyo de su tesis, esto es, la STSJ de Galicia de 17 de septiembre de 2009 (núm. de recurso 4675/2007), no se refiere en realidad a la vinculatoriedad del informe sobre la licencia de obras, sino a su vinculatoriedad para la Administración autonómica que tramita la AAI caso de ser negativo (art. 15 de la Ley 16/2002), y en consecuencia a la posibilidad de impugnarlo separadamente (art. 24 de la Ley 16/2002). En el mismo sentido, la STSJ Madrid de 22 de marzo de 2012 (núm. de recurso 1048/2010).

14 La Alcaldía «podrá» denegar preliminarmente la licencia, se limitaba a decir el art. 30.1 del RAMINP. También quizás por este mismo tipo de razones, el informe de calificación de la actividad sólo era vinculante para el Ayuntamiento cuando implicaba la denegación de la licencia o la imposición de medidas correctoras (art. 7.2 RAMINP).

15 Disposición final tercera del Real Decreto 509/2007.

16 Prueba de ello es la Disposición transitoria única del Reglamento, que contiene diversas precisiones en relación con el régimen aplicable a las instalaciones existentes, entre ellas, y en relación con el informe urbanístico (apdo. 2), la de que: «A efectos de la elaboración del informe urbanístico, cuando se trate de instalaciones existentes con anterioridad a la aprobación de las normas de planeamiento vigentes en el momento de solicitar el mencionado informe, la compatibilidad de la ubicación de las instalaciones con el planeamiento urbanístico se determinará de conformidad con las reglas establecidas al efecto en los instrumentos de planeamiento para este tipo de instalaciones, en particular en lo relativo al régimen de edificios fuera de ordenación».

gislaciones autonómicas[17]), y en otras, como la que aquí nos ocupa, en mi opinión, deficiente desde el punto de vista técnico-jurídico, aunque curiosamente en este caso el error fuera inducido por el Dictamen del Consejo de Estado al que, necesariamente, como reglamento ejecutivo, hubo de someterse el proyecto gubernamental[18].

En efecto, el Proyecto de Reglamento contenía un artículo (art. 6, que en el texto final pasaría a ser el art. 5) de desarrollo del art. 15 de la Ley (referente al informe urbanístico), en el que se decía, como habían hecho ya entretanto algunas legislaciones autonómicas de desarrollo, que «El informe urbanístico regulado en el art. 15 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible», y que dicho informe «no predetermina la actuación del órgano municipal competente en el otorgamiento de dichas autorizaciones o licencias, que se ajustará a lo dispuesto en la normativa urbanística».

La redacción de este precepto (que tomamos del propio Dictamen) era muy clara, y lo que presumiblemente pretendía era colmar la laguna de la falta de toda referencia expresa por parte de la Ley a la licencia urbanística, así como despejar, a mi juicio con acierto, posibles dudas sobre la no vinculación de la licencia a aquel informe, cosa lógica en términos jurídicos por el carácter reglado de las licencias de obras, como luego desarrollaremos.

Sin embargo, sorprendentemente, el Consejo de Estado no compartió esta lógica, y propuso la distinción (que luego se trasladaría al texto finalmente aprobado) entre los aspectos considerados y los no considerados en el informe, de modo que este resultaría vinculante para el Ayuntamiento en cuanto a los primeros, y sólo dejaría de serlo en cuanto a los segundos (en el sentido de que el silencio del informe sobre alguna cuestión relevante no impediría al Ayuntamiento considerarla con motivo del otorgamiento de la licencia de obras), pues, a decir del Consejo de Estado, «parece lógico pensar que el ente local se encontrará vinculado por el contenido del informe, de forma que si el ente local ha informado favorablemente, no debe luego denegar la licencia por un aspecto o extremo que ya ha tratado al emitir el informe».

No tiene nada de «lógico» este razonamiento, que pasa por alto el carácter reglado del otorgamiento de las licencias de obras, pero, ciertamente, visto el conjunto de la argumentación desplegada a este respecto en el Dictamen (que

17 Como, por ejemplo, los controles iniciales de las instalaciones (art. 4.2 del Reglamento).

18 Dictamen del Consejo de Estado (Comisión Permanente) de 1 de marzo de 2007 (número de expediente: 132/2007).

transcribimos a pie de página), cabe la duda de si el Consejo de Estado estaba limitando sus consideraciones al tipo de informe al que se refería el proyecto, que en algún momento parece concernir más al informe sobre los aspectos ambientales (no urbanísticos) de competencia municipal regulado en el art. 18 de la Ley[19].

Pero, como decimos, el Gobierno, desgraciadamente, siguió al pie de la letra esta observación (no esencial[20]) del Dictamen del Consejo de Estado, quedando el segundo inciso del art. 5 del Reglamento redactado en los términos que ya conocemos:

> El informe urbanístico regulado en el artículo 15 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible.

19 (Apdo. V. Observaciones al Proyecto): «Artículo 6. Este precepto ha sido objeto de diversas consideraciones por las Comunidades Autónomas. En él se señala que el informe urbanístico regulado en el artículo 15 de la Ley 16/2002, 'no predetermina la actuación del órgano municipal competente en el otorgamiento de dichas autorizaciones o licencias, que se ajustará a lo dispuesto en la normativa urbanística'. En realidad, *parece lógico pensar que el ente local se encontrará vinculado por el contenido del informe, de forma que si el ente local ha informado favorablemente, no debe luego denegar la licencia por un aspecto o extremo que ya ha tratado al emitir el informe*. Pero, de otra parte, también es razonable que el Ayuntamiento no se encuentre vinculado por el sentido favorable o desfavorable del informe, en la medida en que la concesión de una licencia o autorización deba tener en cuenta aspectos diferentes a los que han sido objeto -o han debido ser objeto- del informe urbanístico, y que tales aspectos resulten decisivos para conceder o denegar la licencia. *Por ello, estima el Consejo de Estado que el precepto podría ser objeto de alguna mejora en la redacción. Pues en su actual redacción podría interpretarse que el informe urbanístico emitido por el ente local no le vincula en modo alguno*. En consecuencia, sería más adecuada la redacción si en lugar de decir que el informe urbanístico 'no predetermina la actuación del órgano municipal competente en el otorgamiento de dichas autorizaciones o licencias, que se ajustará a lo dispuesto en la normativa urbanística', se estableciera que dicho informe producirá, en el ámbito urbanístico, los efectos que le son propios, de modo que el ente local, al conceder las licencias y autorizaciones pueda considerar otros aspectos diferentes de los que son (o debieron ser) objeto del informe, sin que ello le pueda llevar, sin embargo, a ir en contra de los propios criterios que ha establecido en el informe emitido en el procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada. *De este modo, además, el proyecto se limitaría a establecer los efectos que tiene dicho informe en el procedimiento de autorización ambiental integrada (dentro de la esfera de la competencia en materia de medio ambiente), sin entrar a regular los efectos que dicho informe tiene (o no tiene) en el ámbito urbanístico*» (las cursivas son nuestras).

20 La atribución por el Consejo de Estado del carácter de «esencial» a alguna de las observaciones contenidas en sus dictámenes tiene relevancia a los efectos del uso de las fórmulas «de acuerdo con» u «oído» el Consejo de Estado, según la disposición siga o se aparte de las mismas, respectivamente (art. 2.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado; y art. 7 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado).

No obstante las cuestiones sobre las que se pronuncie dicho informe vincularán al ente local en el otorgamiento de las licencias o autorizaciones que sean exigibles [la cursiva es nuestra].

3. Las legislaciones autonómicas anteriores y subsiguientes al Reglamento de 2007

Las legislaciones autonómicas en la materia desarrollaron la regulación contenida en la Ley 16/2002 acerca del informe urbanístico previo (también denominado en ocasiones por ellas informe de compatibilidad urbanística), incidiendo en particular en su contenido, que algunas detallaron de manera muy exhaustiva, exigiendo, pues, que anticipara prácticamente todos los aspectos sobre los que habría de pronunciarse la posterior licencia de obras.

El primer ejemplo en este sentido fue tal vez el de la legislación aragonesa (Ley 7/2006, de 22 de junio[21]), que serviría de modelo a otras[22]. Con este tipo de previsiones, si el informe se emitía en los términos exigidos, la vinculación al mismo de la ulterior licencia de obras sería prácticamente completa, de hacer caso a la regulación y jurisprudencia que estamos examinando.

Sin embargo, no todas las legislaciones autonómicas se pronunciaron sobre la cuestión que aquí nos ocupa, esto es, sobre la relación entre el informe previo y la ulterior licencia de obras, y la posible vinculación de esta última al contenido de aquel. Muchas guardaron silencio, como por lo demás había hecho la propia Ley 16/2002. Pero otras sí tomaron partido, y dentro de ellas predominaron las que independizaban claramente la licencia de obras del informe previo, alejando,

21 Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental de Aragón (art. 45. Informe de compatibilidad urbanística): «1. Previamente a la solicitud de la autorización ambiental integrada, el titular de la instalación deberá solicitar del ayuntamiento en cuyo territorio se pretenda ubicar la misma la expedición de un informe acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico teniendo en cuenta siguientes aspectos: **a**) La clasificación urbanística del suelo. **b**) El planeamiento al que está sujeta la finca, así como su localización y su grado de urbanización. **c**) Los usos urbanísticos admitidos y, en su caso, la existencia de limitaciones de carácter estrictamente urbanístico. **d**) Las modificaciones del planeamiento que, en su caso, se estén elaborando y que pudieran afectar a la ubicación de la instalación. **e**) Las circunstancias previstas, en su caso, en los instrumentos de planificación urbanística para las instalaciones existentes con anterioridad a la aprobación de los mismos».

22 Como, por ejemplo, el Decreto 127/2006, de 15 de septiembre, del Consell (de la Generalitat Valenciana), por el que se desarrolla la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de Prevención de la Contaminación y Calidad Ambiental (art. 24); o el Reglamento de desarrollo de la Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo, de Intervención para la Protección Ambiental (art. 10), aprobado por Decreto Foral (navarro) 93/2006, de 28 de diciembre.

pues, cualquier sombra de vinculación, al tiempo que se reafirmaba la necesidad de obtención de dicha licencia (es decir, lo que pretendía hacer el proyecto de Reglamento de la Ley 16/2002, antes de ser dictaminado por el Consejo de Estado).

La primera en hacerlo fue probablemente la legislación valenciana (Ley 2/2006, de 5 de mayo[23]), a la que siguieron luego otras también anteriores al Reglamento de la Ley 16/2002 (Aragón[24]) e incluso posteriores al mismo (Murcia[25] y Cantabria[26]), lo que evidencia el escaso predicamento alcanzado por este precepto reglamentario, pese a su autoproclamado carácter básico.

De todas formas, también hay algún ejemplo de regulaciones de signo contrario, siempre posteriores al indicado Reglamento, que reprodujeron su contenido, estableciendo la vinculación de la licencia de obras al informe previo en los mismos términos que aquel (Andalucía[27] y Extremadura)[28].

23 Art. 25.2 de la Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental: «El informe urbanístico a que se refiere el presente artículo es *independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación de la edificación*». Y aún más explícitamente, el art. 24.4 del Decreto 127/2006, antes citado, de desarrollo de la Ley: «El informe urbanístico a que se refiere el presente artículo es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación de la edificación *y, en consecuencia, no prejuzga la actuación del órgano municipal competente con motivo de estas últimas autorizaciones o licencias*» (las cursivas son nuestras).

24 Art. 45.5 de la Ley 7/2006, de 22 de junio: «El informe urbanístico a que se refiere el presente artículo es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación de la edificación *y, en consecuencia, no prejuzga la actuación del órgano municipal competente respecto de las citadas autorizaciones o licencias*» (la cursiva es nuestra).

25 Art. 30.7 de la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada: «La cédula de compatibilidad urbanística es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística».

26 Art. 13.2 del Reglamento para el desarrollo y aplicación de la Ley 17/2006, de 11 de diciembre, de control ambiental integrado, aprobado por Decreto 19/2010 de 18 de marzo: «La certificación prevista en este artículo es independiente de las licencias o autorizaciones exigibles en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación del territorio».

27 Art. 17.4 del Decreto 356/2010, de 3 de agosto, por el que se regula la autorización ambiental unificada (figura de estructura formal similar a la AAI): «El informe al que se refiere el presente artículo es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible. *No obstante, las cuestiones sobre las que se pronuncie dicho informe vincularán a la Administración competente en el otorgamiento de las licencias o autorizaciones que sean exigibles*» (la cursiva es nuestra). Sin embargo, el art. 15.5 del Decreto 5/2012, de 17 de enero, por el que se regula la autorización ambiental integrada, dice simplemente que: «El informe de compatibilidad urbanística al que se refiere el presente artículo es independien-

4. La rectificación del nuevo Reglamento de 2013 y su eco en las legislaciones autonómicas

En 2010 se aprobó una nueva Directiva en la materia, la Directiva 2010/75/UE, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)[29], que vino a sustituir a la fundamental Directiva 96/61/CE, que ya por entonces regía en una versión codificada[30], y que incluía novedades de interés que, sin embargo, no han de ser objeto ahora de nuestra atención[31].

Lo que sí importa señalar es que la transposición de la nueva regulación comunitaria se llevó a cabo entre nosotros en dos momentos distintos, según la naturaleza de los cambios implicados. De una parte, a través de una modificación parcial de la Ley 16/2002, llevada a cabo por medio de la Ley 5/2013, de 11 de junio[32]. Y en lo demás, por medio no esta vez de una simple modificación del Reglamento de 2007, sino de la redacción de un nuevo Reglamento, el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, también con carácter básico y que lógicamente vino a sustituir y derogar el anterior[33].

.....

te de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación de la edificación».

28 Art. 7.6 del Reglamento de autorizaciones y comunicación ambiental, aprobado por Decreto 81/2011, de 20 de mayo: «El informe urbanístico es independiente de la licencia de obras o de cualquier otra licencia o autorización exigible. *No obstante, las cuestiones sobre las que se pronuncie dicho informe vincularán al Ayuntamiento en el otorgamiento de las licencias o autorizaciones que sean exigibles*» (la cursiva es nuestra).

29 Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación).

30 Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (Versión codificada).

31 Vid., al respecto, entre otros: REVUELTA PÉREZ, I.: «La revalorización de las mejores técnicas disponibles en la Directiva de emisiones industriales», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 23 (2012), pp. 471 y ss.; y PERNAS GARCÍA, J.J.: «La transposición de la Directiva de emisiones industriales y su incidencia en la Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación», *Actualidad Jurídica Ambiental* (13 de junio de 2013).

32 Ley 5/2013, de 11 de junio, por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados. Como ya se ha señalado con anterioridad, y en virtud de lo previsto en la Disposición final segunda de esta Ley, por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, se aprobó el Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, que constituye la regulación vigente.

En el tema que aquí nos concierne (informe urbanístico previo y licencia de obras), no condicionado ni antes ni ahora por la normativa comunitaria europea, la Ley 16/2002, tras esta modificación, no experimentó ningún cambio relevante, y lo mismo ocurre lógicamente en el vigente Texto Refundido de 2016[34]. La regulación del informe urbanístico (art. 15) se mantiene exactamente en los mismos términos (cambiando tan sólo la rúbrica del artículo, que ha pasado a denominarse «Informe urbanístico *del Ayuntamiento*» –la cursiva es nuestra–), y la Ley sigue sin incluir ninguna mención expresa a la licencia de obras, ni por lo tanto a la relación entre esta y aquel.

El Reglamento de 2013 sí contiene, en cambio, a este respecto, como anticipamos en la introducción, una novedad sustancial, al eliminar toda referencia a la controvertida y aquí criticada vinculación, total o parcial, de la licencia al informe urbanístico previo. En efecto, el art. 7 del nuevo Reglamento comienza señalando, como el anterior, la independencia de la «licencia de obras o de cualquier otro medio de intervención exigible por el Ayuntamiento» respecto del informe previo, admitiendo, pues, la distinta naturaleza y finalidad de este, y que no hay suerte alguna de sustitución de la una por el otro. Pero, a continuación, desaparece el apartado conflictivo relativo a la vinculación entre ambos, que es sustituido por otro que, abordando una problemática diferente, señala el contenido al que debe circunscribirse el informe previo, quizás como reacción a ciertos excesos detectados en la práctica de informes que, por entrar en cuestiones no urbanísticas, no eran tenidos en cuenta[35]. El Dictamen del Consejo de Estado

33 Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, que deroga el Reglamento de 2007 y afirma su carácter básico (Disposiciones derogatoria única y final quinta del Real Decreto, respectivamente); y que se mantiene en vigor tras la aprobación del nuevo Texto Refundido.

34 El ya mencionado Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, que constituye la regulación vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, que mantiene incluso la misma numeración para los artículos aquí considerados [12.1.b) y 15].

35 La STS de 27 de junio de 2014 (núm. de recurso 715/2012, FJ 5) reafirma la vinculatoriedad del informe urbanístico para con la Administración autonómica competente en el otorgamiento de la AAI, pero contraída a los «extremos concernientes a la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico [...]. En dicho ámbito, la Administración autonómica no tiene opción y no puede decidir la continuación del procedimiento administrativo. Fuera de dicho ámbito, en cambio, el informe carece de [...] efectos obstativos». Vid., una referencia más detallada a esta sentencia, en: CASADO CASADO, L. / FUENTES I GASÓ, J.R.: «Administración local: incertidumbre sobre el alcance de las competencias ambientales», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 608 y ss.

no hizo en este caso ninguna observación en relación con el precepto que aquí nos ocupa[36], cuyo tenor final es el siguiente:

> **Artículo 7**. Informe urbanístico del Ayuntamiento.
>
> **1**. El informe urbanístico regulado en el artículo 15 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, es independiente de la licencia de obras o de cualquier otro medio de intervención exigible por el Ayuntamiento.
>
> **2**. Las cuestiones que deberá valorar versarán exclusivamente sobre la conformidad del proyecto con la normativa urbanística aplicable en relación con la parcela donde esté o vaya a estar ubicada la instalación en el momento de la solicitud.

Por su parte, las legislaciones autonómicas de desarrollo dictadas en sustitución de otras anteriores o modificadas con posterioridad a esta reforma de la legislación básica no han experimentado en el extremo que aquí nos concierne ningún cambio significativo, como si la modificación reglamentaria en este punto hubiera pasado relativamente desapercibida.

Como ya indicamos anteriormente, la mayoría de ellas no había asumido la vinculatoriedad predicada por el anterior Reglamento o la había descartado expresamente, y así sigue ocurriendo[37]. Y las dos únicas que habían recogido en su literalidad el precepto del Reglamento anterior (Andalucía y Extremadura) mantienen curiosamente su misma redacción a este respecto, como si nada hubiera cambiado[38]. La propia existencia de estas dos legislaciones díscolas refuerza el interés del siguiente apartado de este trabajo, en el que nos plantearemos la conformidad o no a Derecho de tal vinculatoriedad, no tanto en términos de con-

36 Dictamen del Consejo de Estado (Comisión Permanente) de 3 de octubre de 2013 (núm. de expediente: 978/2013), que aborda, sin embargo, otras muchas cuestiones (sin duda de más envergadura) que planteaba el proyecto.

37 Así, p. ej., la nueva Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón (art. 53.4), que sigue siendo la más contundente, descarta expresamente esa vinculación («Dicho informe urbanístico es independiente de la licencia de obras o de cualquier otro medio de intervención exigible por el ayuntamiento *y, en consecuencia, no prejuzga la actuación del órgano municipal competente respecto de las citadas autorizaciones o licencias*» –la cursiva es nuestra–). O la nueva Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana, que deroga el Decreto 127/2006, de 15 de septiembre, el cual se expresaba en los mismos términos, se limita ahora a afirmar la independencia del informe respecto de la licencia (art. 22.7).

38 En Andalucía, el art. 17.4 del Decreto 356/2010, de 3 de agosto (en relación con la autorización ambiental unificada); y en Extremadura, el art. 7.6 del Reglamento de autorizaciones y comunicación ambiental, aprobado por Decreto 81/2011, de 20 de mayo, no derogado por la nueva Ley 16/2015, de 23 de abril, de protección ambiental.

tradicción o no con la legislación básica en la materia (que sigue sin decir nada expresamente al respecto, más allá de lo que sugiere implícitamente el cambio mencionado) cuanto en términos absolutos.

5. ¿Amortización de la licencia de obras en la nueva legislación valenciana?

La única legislación autonómica que, por otros motivos (probablemente de simplificación administrativa), parece haber pretendido introducir una innovación de relieve en la materia que nos ocupa, nada menos que la posible amortización de la ulterior licencia de obras en el caso de actividades sujetas a AAI o licencia ambiental, es la legislación valenciana. No obstante, la manera como se ha articulado esta novedad, a través de la legislación urbanística, inmediatamente contradicha por la relativa a autorizaciones ambientales, permite dudar razonablemente de su efectividad.

En efecto, el art. 215.1 b) de la nueva Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje (actuaciones no sujetas a licencia), dispone la no sujeción a licencia urbanística de las «obras auxiliares o constitutivas de una instalación sujeta a *autorización ambiental integrada* o licencia ambiental» cuando la Administración «verifique, en un mismo procedimiento, el cumplimiento de la normativa urbanística, además de las condiciones ambientales exigibles»[39].

Sin embargo, esta posibilidad de integración de los controles urbanísticos (más allá del informe municipal previo) en el seno de la AAI quedó inmediatamente desmentida por la Ley (de la misma fecha) 6/2014, de prevención, calidad y control ambiental de actividades, que sigue regulando la cuestión en los términos convencionales previstos en la legislación básica, esto es, a través del informe urbanístico previo, a adjuntar con la solicitud de la AAI, y la ulterior e independiente licencia de obras (art. 22.7: «El informe urbanístico municipal regulado en el presente artículo es independiente de la licencia urbanística o de cualquier otra licencia o autorización exigible en virtud de lo establecido en la normativa urbanística o de ordenación de la edificación»)[40].

39 Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje, de la Comunitat Valenciana, que sustituye, entre otras, a la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, urbanística valenciana, que no contenía un previsión similar.

40 Ley 6/2014, de 25 de julio, de prevención, calidad y control ambiental de actividades en la Comunitat Valenciana, que sustituye a la Ley 2/2006, de 5 de mayo.

III. NO VINCULACIÓN, SINO RESPONSABILIDAD

1. No vinculación: el carácter reglado de las licencias de obras

En mi opinión, el informe urbanístico previo, emitido con carácter favorable por el Ayuntamiento dentro del procedimiento de otorgamiento de la AAI, no puede tener en ningún caso un carácter vinculante en relación con la posterior licencia de obras que ha de otorgar el propio Ayuntamiento, ni siquiera en relación con los aspectos ya contemplados en aquel informe, por una sencilla, pero poderosa razón, que ya anticipamos al comienzo de este trabajo, y que no es otra que, en nuestro Derecho, las licencias de obras son actos reglados (el prototipo de actos reglados), que deben otorgarse o denegarse de acuerdo con la legislación vigente en el momento de su otorgamiento o denegación[41], como establecía la legislación clásica estatal[42], y repiten ahora unánimemente las legislaciones autonómicas en materia de urbanismo, competentes para regular esta materia[43]; sin que pueda haber espacio, pues, para «vínculos» legales distintos de los establecidos por la legislación vigente en ese preciso momento, ni para la aplicación de la doctrina de los propios actos, de imposible invocación respecto de decisiones estrictamente regladas, como ocurre en este caso.

Los motivos por los cuales cabe imaginar que, en el momento de denegar la licencia de obras, el Ayuntamiento tenga que apartarse del criterio previamente expresado en su informe urbanístico previo (sobre una cuestión ya considerada en el mismo) son básicamente dos: en primer lugar, el error cometido entonces, sea de hecho o de Derecho, es decir, en cuanto a la determinación e interpretación de la ordenación aplicable (error de Derecho) o, lo que quizás pueda ser más frecuente, sobre las características técnicas del proyecto presentado (error

41 Sobre el carácter reglado de las licencias urbanísticas y la aplicación de la legislación vigente en el momento de concederlas, por todos, BAÑO LEON, J.M.: *Derecho urbanístico común*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 355 y ss.; y DELGADO BARRIO, J.: *El control de la discrecionalidad en el planeamiento urbanístico*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 31 y ss.

42 Texto Refundido de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (arts. 242.3 y 243.3).

43 Por ejemplo, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (art. 219): «1. Las licencias se otorgarán o denegarán de acuerdo con las previsiones de la legislación y del planeamiento, salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del de terceros. 2. La legislación y el planeamiento urbanístico aplicables a las licencias serán los del momento de su concesión, salvo que esta se produzca fuera del plazo legalmente establecido, en cuyo caso serán de aplicación los vigentes al tiempo de la solicitud».

de hecho)[44]; y, en segundo lugar, la existencia de un cambio sobrevenido en la ordenación, que determine la incompatibilidad del proyecto de instalación (en su día informado favorablemente) con la nueva ordenación vigente en el momento de resolver sobre la licencia, cosa que ciertamente no es fácil que se produzca dados los dilatados tiempos que suelen exigir las modificaciones o revisiones del planeamiento (supuesto ordinario de cambio de ordenación) en comparación con los plazos legalmente previstos para los procedimientos de AAI, pero tampoco imposible, sobre todo si se atiende a la duración real de algunos de ellos[45].

Pues bien, en ninguno de ambos casos, por las razones indicadas, el informe urbanístico previo puede desplegar un efecto vinculante sobre la licencia de obras. Si el informe fue erróneo, es decir, disconforme con la legalidad urbanística, evidentemente no puede vincular un acto estrictamente reglado, como es la licencia de obras, que debe ajustarse a la legalidad. La pretendida vinculación de la licencia de obras al informe en un caso de estas características no haría sino añadir una nueva ilegalidad a la primera, duplicar la ilegalidad cometida inicialmente[46]. Y, en el segundo caso, es igualmente evidente que la licencia de obras se habrá de ajustar a la legalidad vigente en el momento de otorgarse o denegar-

44 En relación con esta cuestión, BASSOLS COMA, M.: «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», op. cit., p. 23, advertía con razón de los diferentes parámetros urbanísticos a considerar en el informe y la posterior licencia: «La Ley exige la compatibilidad del proyecto con el planeamiento, no su conformidad o ajuste integral al planeamiento como es habitual exigir a las licencias de obras. Y ello resulta comprensible por cuanto no se trata de un proyecto de obras, sino de una valoración de aptitud genérica del proyecto de AAI para ser desarrollada posteriormente en el marco del planeamiento urbanístico».

45 Los plazos máximos de tramitación de los procedimientos de AAI son de nueve meses (diez, hasta la reforma legal de 2013) desde la solicitud en el procedimiento ordinario (art. 21.1 del Texto Refundido de 2016), y de seis meses en el procedimiento simplificado (art. 15.9 del Reglamento de 2013); pero el silencio es negativo en ambos casos (arts. 21.2 del Texto Refundido de 2016 y 15.9 del Reglamento de 2013, respectivamente), y la duración media real de los procedimientos (ordinarios) es (al menos, era) muy superior, de 30,5 meses (20,4 meses, si se excluye la fase de subsanación de las solicitudes), según el estudio ya citado, CEOE-CEPYME, *Las cargas administrativas soportadas por las empresas españolas: Estudio de la autorización ambiental integrada. Resumen ejecutivo 2011*, pp. 43 y ss.

46 En el mismo sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. / RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: *La autorización ambiental integrada...*, *op. cit.*, p. 329: «La vinculación del Ayuntamiento al acto propio consistente en un informe positivo de compatibilidad urbanística o en el silencio respecto del informe solicitado por el interesado es menor que su vinculación a la legalidad urbanística, por lo que de apreciar elementos contrarios a esta... debe denegar la licencia».).

se, es decir, a la nueva ordenación, cualquiera que fuera la anterior a la que se ajustó el informe[47].

En realidad, de lo único que puede hablarse en estos casos es de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, no de vinculatoriedad en sentido estricto, y es lo que haremos inmediatamente[48]. Este sería el único sentido en el que cabría razonablemente interpretar las palabras del Reglamento de 2007 y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en el caso «Biodiésel Alicante, SL», como eventual responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento que se aparte en la licencia de obras de lo previamente informado al respecto en la antesala del procedimiento de otorgamiento de la AAI, pero ni el uno ni la otra parecen querer referirse a esto, sino a vinculación en sentido propio. Tampoco es, en realidad, necesario que la legislación en la materia regule nada en relación con la eventual existencia de responsabilidad patrimonial en los casos de apartamiento de la licencia del sentido del informe previo (como no lo hacía la Ley 16/2002), por tratarse de una cuestión que cabe resolver de acuerdo con las reglas ya existentes en nuestro ordenamiento acerca de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, a las que inmediatamente aludiremos.

La regulación contenida en el párrafo segundo del art. 5 del Reglamento de 2007, al margen de su desacierto, hubiera podido calificarse tal vez en su momento (como sabemos, ya no se encuentra en vigor) como inconstitucional, por incidir en una materia (naturaleza y régimen de las licencias de obras) hoy de competencia autonómica. Y las disposiciones autonómicas de carácter reglamentario que todavía mantienen idéntica regulación podrían merecer quizás un juicio de ilegalidad, por contradicción con sus leyes urbanísticas correspondientes[49].

47 De la misma opinión, AGOUES MENDIZÁBAL, C.: «Autorización ambiental integrada y licencias municipales de obras y actividades clasificadas», *op. cit.,* pp. 121 y ss., quien, para conjurar el riesgo de discrepancia, propone la tramitación simultánea de la licencia urbanística con la AAI (p. 123).

48 En el sentido aquí indicado, vid., p. ej., la STSJ Navarra (núm. 275/2011) de 13 junio de 2011, sobre la denegación de la licencia de obras para una explotación de cría intensiva de ganado con AAI, en cuyo procedimiento el Ayuntamiento había emitido informe favorable de compatibilidad urbanística (FJ 2): «como bien señala la representación del Ayuntamiento de Viana, en todo caso estaríamos ante una cuestión susceptible de considerar que es productora de unos daños y perjuicios, en su caso sujetos al ejercicio de una posible acción de responsabilidad patrimonial, pero en absoluto habilitadores, o convalidantes, a los efectos pretendidos».

49 El art. 7.6 del Reglamento de autorizaciones y comunicación ambiental, aprobado por Decreto 81/2011, por incompatibilidad con Ley 15/2001, de 14 de diciembre, del Suelo y Orde-

2. Responsabilidad

A. En caso de error

En el primero de los supuestos antes comentados, en el que, por razones fácticas o jurídicas, el informe urbanístico previo estaba equivocado, y por eso no puede ser confirmado por el Ayuntamiento a la hora de pronunciarse sobre la licencia de obras, la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento que deniega la licencia, y convierte así en inútil toda la tramitación previa de la AAI, parece evidente, siempre y cuando obviamente el antedicho error no hubiera sido causado por el propio solicitante del informe y licencia, en aplicación de las reglas y requisitos generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración en nuestro Derecho, por tratarse de un daño antijurídico, que el solicitante no tiene la obligación de soportar, e imputable única y exclusivamente al (mal) funcionamiento de un servicio público (municipal)[50]. La lesión, y por lo tanto el importe de la indemnización, comprendería en este caso, al menos, todos los gastos devenidos inútiles en que hubiera incurrido la empresa en la tramitación de la AAI y de la licencia municipal.

Es verdad que la legislación estatal de suelo, competente como es sabido para regular esta materia, en la actualidad el art. 48 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015[51], no contempla expresamente dentro de los «supuestos indemnizatorios» relacionados con la actividad urbanística de los poderes públicos el que aquí no ocupa (denegación «procedente» de la licencia de obras, precedida de un informe previo equivocado[52]), pero también es claro que la enumeración de supuestos indemnizatorios que contiene la Ley, al menos en el ámbito de la disciplina urbanística, no tiene ningún sentido limitativo, sino que es pura ejemplificación de algunos supuestos posibles de responsabilidad extraídos de la aplicación de las reglas generales que rigen esta materia en nuestro Derecho (como sugiere el propio encabezamiento del precepto: «dan

nación Territorial de Extremadura (art. 176.4); y el art. 17.4 del Decreto 356/2010, de 3 de agosto (relativo a la autorización ambiental unificada), por contradecir la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía (art. 172. 4ª).

50 Art. 106.2 CE; y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (arts. 32 y ss.).

51 Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (art. 48. Supuestos indemnizatorios).

52 El apdo. d) del art. 48, sólo contempla expresamente: «La anulación de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, así como la demora injustificada en su otorgamiento y su denegación improcedente. En ningún caso habrá lugar a indemnización si existe dolo, culpa o negligencia graves imputables al perjudicado».

lugar en todo caso a derecho de indemnización las lesiones en los bienes y derechos que resulten de los siguientes supuestos...»), que, por supuesto, conservan su entera potencialidad en este campo[53].

Aun no habiendo cambio de criterio (ni de ordenación), y sin plantearse por tanto el problema de la vinculación o no de la licencia de obras al informe urbanístico previo que ha motivado estas reflexiones, no cabe descartar otros posibles supuestos de responsabilidad patrimonial relacionados con dicho informe en caso de denegación (procedente) de la licencia, al amparo de las reglas generales ya indicadas y del carácter no tasado de los supuestos del art. 48 del Texto Refundido de la Ley de Suelo. Así, para empezar, la falta de emisión del informe previo, que, siendo un acto debido y pudiendo emitirse durante la entera tramitación del procedimiento de la AAI[54], supondría, en caso denegación ulterior de la licencia, un claro ejemplo de actuación (omisión) causante de una lesión antijurídica[55].

B. **Por cambio de planeamiento**

El segundo supuesto en el que, como decíamos, cabe imaginar que, a la hora de resolver la solicitud de licencia de obras, el Ayuntamiento tenga que apartarse (para denegar la licencia) de lo previamente afirmado en el informe urbanístico previo emitido para dar curso a la tramitación de la AAI, esto es, el relativo a un cambio en el planeamiento que determine (sobrevenidamente) la inviabilidad urbanística de la instalación proyectada, requiere, sin embargo, un análisis más cuidadoso desde el punto de la responsabilidad patrimonial de la o las Administraciones responsables de dicha modificación.

53 En el mismo sentido, entre otros: José María BAÑO LEÓN, J.M.: *Derecho urbanístico común*, *op. cit.*, pp. 416 y 453; y BLASCO ESTEVE, A.: «Supuestos indemnizatorios en la Ley de Suelo de 2007», *REALA*, 304 (2007), p. 12.

54 Art. 15 del Texto Refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre.

55 Incidentalmente, la STSJ Castilla-La Mancha núm. 39/2010, de 25 de enero (recurso núm. 796/2006), no descarta la posible responsabilidad del Ayuntamiento en casos de esta naturaleza (FJ 3): «el incumplimiento por parte [del Ayuntamiento] de su obligación de [emitir el informe de compatibilidad urbanística] no comporta otras consecuencias jurídicas que las previstas en la propia LRJ-PAC, concretamente en su artículo 83.3, es decir, que la Administración actuante no está obligada a suspender las actuaciones a la espera de su emisión sino que, *sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera, en su caso, incurrir el responsable de la demora*, dicha Administración se encontraba legalmente habilitada para proseguir las actuaciones dado que, aun tratándose de un informe preceptivo, no tiene atribuido el carácter de determinante para la resolución del procedimiento» (la cursiva es nuestra).

Como es bien sabido, en nuestro Derecho no toda alteración de la ordenación territorial y urbanística genera un derecho de indemnización en favor de los afectados negativamente por ella, pues la regla general es justamente la contraria, la no indemnizabilidad de los cambios en el planeamiento, «salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes» (art. 4.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015[56]).

Pues bien, el caso que aquí nos ocupa tampoco está «expresamente» contemplado dentro de los supuestos indemnizatorios que regula la propia Ley estatal de suelo (art. 48). La empresa que obtuvo la AAI contando con informe urbanístico previo favorable no es titular todavía de la licencia de obras (que es lo que justamente se le deniega en el caso que estamos contemplando), no cuenta, por tanto, con un «título habilitante» para la realización de las obras, ni se encuentra, pues, en el supuesto contemplado en la letra c) del art. 48[57].

Tampoco es necesariamente un urbanizador que vea alteradas las condiciones ya definidas para ejecutar la urbanización [art. 48, letra a)[58]], ni un aspirante a serlo que haya hecho una «consulta» sobre las condiciones para ejecutar una urbanización [art. 13.2[59]], pues frecuentemente la instalación se proyecta sobre terrenos ya urbanizados.

56 «La ordenación territorial y la urbanística son funciones públicas no susceptibles de transacción que organizan y definen el uso del territorio y del suelo de acuerdo con el interés general, determinando las facultades y deberes del derecho de propiedad del suelo conforme al destino de este. Esta determinación no confiere derecho a exigir indemnización, salvo en los casos expresamente establecidos en las leyes».

57 «La modificación o extinción de la eficacia de los títulos administrativos habilitantes de obras y actividades, determinadas por el cambio sobrevenido de la ordenación territorial o urbanística».

58 «La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística o del acto o negocio de la adjudicación de dicha actividad, siempre que se produzca antes de transcurrir los plazos previstos para su desarrollo o, transcurridos estos, si la ejecución no se hubiere llevado a efecto por causas imputables a la Administración».

59 «En el suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado las facultades del derecho de propiedad incluyen las siguientes: a) El derecho de consulta a las Administraciones competentes, sobre los criterios y previsiones de la ordenación urbanística, de los planes y proyectos sectoriales, y de las obras que habrán de realizar para asegurar la conexión de la urbanización con las redes generales de servicios y, en su caso, las de ampliación y reforzamiento de las existentes fuera de la actuación [...]. *En todo caso, la alteración de los criterios y las previsiones facilitados en la contestación, dentro del plazo en el que esta surta efectos, podrá dar derecho a la indemnización de los gastos en que se haya*

Por lo demás, la Ley de Suelo no regula el derecho de consulta de los propietarios de los terrenos (o titulares de un derecho de uso) sobre las condiciones de edificación de los mismos, ni contempla, pues «expresamente» (a diferencia de lo que ocurre con la consulta sobre las condiciones de urbanización) un supuesto indemnizatorio vinculado a los cambios de planeamiento sobrevenidos durante el plazo de eficacia de la contestación.

De este tipo de consultas, sus efectos y supuestos de responsabilidad vinculados a ellas se ocupan ahora las legislaciones urbanísticas autonómicas (con el nombre, por ejemplo, de cédulas de garantía urbanística[60]), y estos son también supuestos de responsabilidad «expresamente establecidos en las leyes», que cuentan dentro de las excepciones admisibles a la regla general de no indemnizabilidad por los cambios de planeamiento, aparte de derivar de la aplicación del régimen general de responsabilidad previsto en la Ley de régimen jurídico del sector público, que podría ser también otra de esas leyes.

El informe urbanístico previo que hay que aportar con la solicitud de AAI no es formalmente una «cédula de garantía urbanística» (tampoco recibe este nombre), y entre ambos existen algunas diferencias significativas (la cédula, por ejemplo, es de solicitud voluntaria, mientras que la aportación o, al menos, la solicitud del informe es obligatoria), pero no hay, a mi juicio, ningún inconveniente, antes al contrario, parece lo más razonable aplicar analógicamente a aquel el régimen de esta a efectos de responsabilidad, pues a este respecto existe identidad de razón. También el operador que solicita (y obtiene) el informe para poder tramitar la AAI, porque se lo exige la legislación correspondiente,

incurrido por la elaboración de proyectos necesarios que resulten inútiles, en los términos del régimen general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas» (la cursiva es nuestra).

60 Por ejemplo, la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (art. 227. Cédula de garantía urbanística): «**1**. Los ayuntamientos *habrán de expedir*, a petición de los interesados y en el plazo de un mes, cédula de garantía urbanística para las parcelas susceptibles de edificación o uso privado de la misma. *La cédula expresará la zonificación y clasificación urbanística y su plazo máximo de vigencia será de un año*. **2**. El propietario del solar o parcela respecto a la que se haya expedido válidamente la cédula, por primera vez, tendrá derecho a que, *durante la vigencia de esta*, si no se mantienen las condiciones urbanísticas en ella expresadas, los municipios responsables *reparen los perjuicios patrimoniales causados por los cambios de ordenación sobrevenidos*, siempre que el interesado no tuviese pendiente el cumplimiento de deberes de cesión, equidistribución o urbanización y así constase en dicha cédula. **3**. El otorgamiento de cédulas de garantía urbanística quedará en suspenso con motivo de la suspensión del otorgamiento de licencias» (las cursivas son nuestras).

tiene un interés legítimo en afrontar con seguridad los gastos que conlleva la tramitación de la AAI, en saber que con un informe favorable queda económicamente a resguardo de eventuales cambios de planeamiento que puedan frustrar finalmente la obtención de la licencia de obras, en la medida en que, al menos, le serán reintegrados los gastos devenidos inútiles, como ocurre en el caso de las cédulas. Teniendo en cuenta, eso sí, que la mera solicitud no equivaldría a estos efectos a un informe favorable (como tampoco ocurre en el caso de las cédulas), aunque la falta de informe podría dar lugar también a responsabilidad, como vimos anteriormente, al margen de la existencia o no de un cambio de planeamiento[61].

Algunas legislaciones autonómicas en la materia captaron bien la analogía que estamos comentando. Así, la legislación murciana llegó incluso a rebautizar el informe urbanístico previo con el nombre de «cédula de compatibilidad urbanística»[62]; y la legislación aragonesa previó la eventual fijación por el Ayuntamiento de un «plazo de validez» del informe[63]. Una reciente reforma de la legislación murciana ha hecho desaparecer esa denominación y equivalencia[64], por las supuestas confusiones que provocaba en la práctica (porque, obviamente, la cédula no produce efectos por su simple solicitud, sino sólo a partir de su concesión, mientras que la efectiva obtención del informe urba-

61 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. / RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A.: *La autorización ambiental integrada...*, *op. cit.*, p. 330, también sugieren la analogía del informe urbanístico previo con la consulta urbanística, aunque a los efectos de descartar en ambos casos la vinculación de la licencia.

62 Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada (art. 30. Cédula de compatibilidad urbanística). En la proposición de ley (art. 31) se hablaba de «consulta previa sobre la compatibilidad urbanística». El cambio de nombre se produjo por la aceptación de una enmienda del GP Popular (la núm. VII-11158), que contaba con la siguiente justificación: «Se prefiere hablar de "cédula de compatibilidad urbanística" y no de "consulta previa sobre compatibilidad urbanística", por su analogía con las cédulas urbanísticas previstas en la legislación urbanística» [*Boletín Oficial de la Asamblea Regional de Murcia*, 68 (VII Legislatura), de 23 de abril de 2009].

63 La Ley 7/2006, de 22 de junio, de protección ambiental (art. 45.2): «El informe de compatibilidad urbanística será expedido por el ayuntamiento en el plazo máximo de treinta días, a contar desde la fecha de solicitud, *y deberá determinar el periodo de validez del mismo, si procede*, y la compatibilidad o no de la instalación proyectada con la normativa y el planeamiento municipal» (la cursiva es nuestra). Este inciso ya no figura, sin embargo, en la nueva Ley 11/2014, de 4 de diciembre, de prevención y protección ambiental (art. 53).

64 Modificación de la Ley 4/2009 llevada a cabo por medio del Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril, de medidas urgentes para la reactivación de la actividad empresarial y del empleo a través de la liberalización y de la supresión de cargas burocráticas (que deroga el art. 30 de aquella).

nístico no es un requisito para iniciar el procedimiento de la AAI)[65], aunque, a mi juicio, a los efectos que estamos aquí tratando (responsabilidad patrimonial por cambios de planeamiento) y con las limitaciones ya indicadas (es decir, para el caso de que se emita un informe favorable, no bastando a este respecto con la mera solicitud), la analogía sigue siendo perfectamente válida y útil.

Siguiendo estos ejemplos, el propio legislador estatal (con carácter básico) o, en su defecto, las legislaciones autonómicas podrían regular expresamente esta cuestión, incluso señalando el plazo de vigencia del informe/cédula (que, evidentemente, no podría ser inferior al de tramitación del procedimiento de otorgamiento de la AAI), pero en tanto no lo hagan, creo, por todo lo dicho, que cabe aplicar analógicamente el régimen previsto en las legislaciones urbanísticas autonómicas para estas cédulas o figuras equivalentes, que suelen incluir un plazo de vigencia[66]. Pasado ese plazo, si todavía no ha terminado el procedimiento de la AAI, debiera poder solicitarse un nuevo informe/cédula al objeto de prolongar la garantía[67].

65 La exposición de Motivos del mencionado Decreto-Ley 2/2016, de 20 de abril (apdo. IV) dice, al respecto, lo siguiente: «El régimen de la cédula de compatibilidad urbanística se ajusta al modelo estatal, en el que el informe urbanístico municipal no es obstativo para la tramitación del procedimiento, por lo que, si no se emite por el ayuntamiento en el plazo de un mes, se puede solicitar y tramitar la autorización ambiental integrada. Se salvan así los reparos que cabe oponer al régimen vigente, porque puede bloquear la solicitud de las autorizaciones por una inactividad municipal que no es achacable al promotor del proyecto (arts. 30 y 31.1.c). Se vuelve a la denominación de informe urbanístico municipal, propia de la legislación estatal, en lugar de la denominación de cédula de compatibilidad urbanística, cuyo alcance ha creado confusión entre los operadores jurídicos. Para clarificar el alcance del informe, se encomienda a la Consejería con competencias en materia de medio ambiente la aprobación del modelo e instrucciones precisas».

66 Así, por ejemplo, un año, en el ya citado art. 227.1 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana. La legislación aragonesa (Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014, de 8 de julio) no fija, en cambio, un plazo de vigencia, apelando en términos más generales al principio de confianza legítima (art. 27.3): «El contenido de la cédula urbanística no comporta la patrimonialización del aprovechamiento urbanístico en ella reflejado, ni vincula a la Administración, pero podrá dar lugar, si se vulnerara el principio de confianza legítima, a indemnización en los términos establecidos en la legislación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas por los gastos realizados que resultasen inútiles en función de su contenido».

67 Aunque la legislación valenciana parece excluirlo (art. 227.2 de la Ley 5/2014): «El propietario del solar o parcela respecto a la que se haya expedido válidamente la cédula, *por primera vez*, tendrá derecho a que...» (la cursiva es nuestra).

IV. AUTORIZACION ESPECIAL EN SUELO NO URBANIZABLE

1. Su relación con el informe urbanístico previo

Al hilo de la regulación del informe urbanístico previo, algunas legislaciones autonómicas comenzaron a hacer referencia al caso de que la instalación proyectada pretendiera emplazarse en suelo no urbanizable y precisara, por tanto, de una autorización especial por este motivo, adicional a la licencia de obras (así, por eje., las legislaciones valenciana[68] y murciana[69]). Aunque estas referencias indirectas todavía suelen mantenerse[70], predomina hoy el tratamiento directo de las relaciones entre dicha autorización y la AAI, como veremos en el subapartado siguiente.

Como las legislaciones urbanísticas autonómicas (el tema no está regulado con detalle en la legislación estatal de suelo[71]) atribuyen generalmente la competencia para otorgar esta autorización especial (llamada, por ejemplo, en el ca-

68 Art. 24.5 del Decreto 127/2006 (ya derogado): «En el supuesto de que la actividad requiera declaración de interés comunitario, el informe urbanístico municipal previsto en este artículo contendrá una valoración sobre los presupuestos exigidos por la Ley 10/2004, de 9 de diciembre, de la Generalitat, del Suelo No Urbanizable, a los efectos establecidos en el apdo. 1 de su artículo 37».

69 Art. 30. 4 de la Ley 4/2009 (derogado): «Cuando la actividad situada en suelo no urbanizable o urbanizable sin sectorizar, esté sometida a la autorización excepcional prevista en la legislación urbanística, el promotor deberá solicitarla junto con la cédula de compatibilidad urbanística acompañando la documentación necesaria, salvo que la hubiera obtenido o solicitado con anterioridad. En tal caso, aunque la tramitación del procedimiento de autorización excepcional no haya concluido, en la cédula de compatibilidad urbanística se hará constar, en su caso, que la compatibilidad urbanística queda condicionada a la obtención de la citada autorización excepcional».

70 Así, por ejemplo, en la vigente Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades en la Comunitat Valenciana [art. 22.3 b)]: «En el supuesto que la actividad pretenda ubicarse en suelo no urbanizable se indicará, en su caso [en el informe urbanístico municipal], la necesidad de tramitar declaración de interés comunitario». O en la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control ambiental de las actividades (art. 60.6): «En el caso de que quiera ubicarse la actividad en suelo no urbanizable, el informe urbanístico debe pronunciarse sobre la posibilidad de autorizar la actividad de conformidad con la legislación de urbanismo y el planeamiento urbanístico de aplicación. El ayuntamiento debe hacer constar en el informe si el proyecto urbanístico, o el plan especial correspondiente, ha sido aprobado o no, para condicionar la eficacia de la autorización ambiental a la aprobación mencionada».

71 Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre (art. 13.1): «Con carácter excepcional y por el procedimiento y con las condiciones previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística, po-

so valenciano, declaración de interés comunitario) a la propia Administración autonómica[72], es obvio que el informe urbanístico del Ayuntamiento no puede pronunciarse (siquiera sea a título provisional) sobre una cuestión que no es de su competencia, y lo único que cabe en estos casos es condicionar expresamente la efectividad del informe a la obtención de dicha autorización[73]. En relación con la temática que estamos aquí desarrollando, lo que esto quiere decir es que, obviamente, el Ayuntamiento (aunque informe favorablemente) no asumiría ninguna responsabilidad por la eventual denegación ulterior de dicha autorización de competencia autonómica.

2. Articulación con la autorización ambiental integrada

En realidad, en relación con la autorización especial para emplazar una instalación industrial sujeta a AAI en suelo no urbanizable, uno de los temas de mayor interés es el de si dicha autorización se tramita conjuntamente o no con la propia AAI, o si, en el caso de no tramitarse conjuntamente, se ha de obtener con carácter previo o posterior a la AAI, lo que a su vez repercute lógicamente en su relación con el informe urbanístico del Ayuntamiento.

Ciertamente, las consideraciones a tener en cuenta para otorgar o denegar dicha autorización son distintas de las propias de la AAI, se refieren a cuestiones relativas a la ordenación del territorio más que estrictamente ambientales, y tienen un carácter más discrecional que estas últimas, que son estrictamente regladas[74]. Orgánicamente, además, las autoridades competentes para otorgar o denegar esta autorización especial serán habitualmente distintas de las compe-

drán legitimarse actos y usos específicos que sean de interés público o social, que contribuyan a la ordenación y el desarrollo rurales, o que hayan de emplazarse en el medio rural».

72 Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana (arts. 202 y ss.)

73 Ya advertía BASSOLS COMA, M.: «Régimen jurídico de la impugnación de los informes vinculantes en el procedimiento de las autorizaciones ambientales integrales», *op. cit.*, p. 24, de que «en algunos supuestos el Ayuntamiento no podrá pronunciarse íntegramente sobre la compatibilidad con el planeamiento sin conocer, a su vez, el criterio urbanístico de la Comunidad Autónoma».

74 Sobre el carácter reglado de la AAI, vid., entre otras, la STS de 25 de enero de 2013 (núm. de recurso 4524/2010, FJ 4); y el comentario de la misma por GARCÍA ÁLVAREZ, G.: «Jurisprudencia contencioso-administrativa: ¿Es el Derecho urbanístico el Derecho territorial común?», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.): *Observatorio de Políticas Ambientales 2014*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2014, pp. 345 y ss.

tentes para conceder la AAI, aunque eventualmente se encuentren agrupadas dentro de una misma Consejería[75].

No es de extrañar, por ello, que mayoritariamente las legislaciones autonómicas (la básica estatal no impone, en principio, nada al respecto) separen procedimentalmente, y sobre todo a efectos de resolución, ambas autorizaciones. Muchas ni mencionan la cuestión, con lo que hay que entender que ambas autorizaciones se tramitan de forma completamente independiente[76]. Otras, en cambio, como la valenciana, llegaron a establecer algunas conexiones procedimentales, aunque sin integrar dentro de la AAI el pronunciamiento relativo a dicha autorización, que se mantenía como resolución previa e independiente[77]. La nueva legislación valenciana ha optado por prescindir de tales vínculos, exigiendo la declaración de interés comunitario como requisito previo para la presentación de la solicitud de AAI[78], con el fin de evitar los gastos inútiles derivados de la tramitación de la AAI si en el transcurso del procedimiento se denegara aquella[79].

75 Así, por ejemplo, en este momento en la Comunidad Valenciana, para la AAI es competente la Conselleria de Agricultura, Medio Ambiente, Cambio Climático y Desarrollo Rural (Dirección General del Cambio Climático y Calidad Ambiental); y para la declaración de interés comunitario, la Conselleria de Vivienda, Obras Públicas y Vertebración del Territorio (Dirección General de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje).

76 Así, las legislaciones de Canarias (Decreto 182/2006, de 12 de diciembre); Cantabria (Ley 17/2006, de 11 de diciembre, y Decreto 19/2010, de 18 de marzo); Cataluña (Ley 20/2009, de 4 de diciembre); Extremadura (Ley 16/2015, de 23 de abril, y Decreto 81/2011, de 20 de mayo); Islas Baleares (Ley 7/2013, de 26 de noviembre) y La Rioja (Ley 5/2002, de 8 de octubre, y Decreto 62/2006, de 10 de noviembre).

77 Ley 2/2006, de 5 de mayo, de prevención de la contaminación y calidad ambiental (art. 8. coordinación con el régimen aplicable en materia de suelo no urbanizable): «Cuando las instalaciones o actividades sujetas a autorización ambiental integrada hayan de ubicarse en suelo no urbanizable y sea exigible la obtención de la declaración de interés comunitario conforme a lo previsto en la legislación de suelo no urbanizable, no podrá concederse la autorización ambiental integrada hasta que haya sido concedida la mencionada declaración por parte del órgano autonómico competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. La citada declaración será independiente y previa a la resolución de autorización ambiental integrada, si bien el trámite de información pública y los demás trámites que puedan ser objeto de impulsión simultánea se efectuarán conjuntamente en el procedimiento de concesión de la autorización ambiental integrada».

78 Ley 6/2014, de 25 de julio, de Prevención, Calidad y Control ambiental de Actividades (art. 11. Coordinación con el régimen aplicable en materia de suelo no urbanizable): «En caso que la actividad proyectada vaya a ubicarse en suelo no urbanizable, con carácter previo a la presentación de la solicitud [...] deberá obtenerse la declaración de interés comunitario».

79 Así se justifica en la Exposición de Motivos de la Ley 6/2014 (apdo. V): «Sin embargo, la experiencia adquirida desde la entrada en vigor de la citada ley [la Ley 2/2006], ha demostra-

En cuanto a la secuencia temporal entre ambas, tampoco existe una regla general. En principio, cabría pensar que como autorización de tipo urbanístico que es, debiera ser posterior a la AAI, al igual que sucede con la licencia de obras. O, dicho de otro modo, que la autorización especial en suelo no urbanizable habría de recibir el mismo tratamiento que el resto de «autorizaciones sustantivas», a las que, como sabemos, debe preceder la AAI (art. 11.2 de la Ley 16/2002, y hoy del Texto Refundido de 2016[80]). Así lo dispone la legislación de Castilla y León[81], y esta podría ser la regla supletoria. Pero no es este el régimen necesariamente seguido por todas las legislaciones autonómicas, algunas de las cuales exigen que la referida autorización preceda a la AAI, como ya hemos visto ocurre en la legislación valenciana, y lo mismo en la de Murcia[82].

do que dicho modelo no ha logrado su propósito de agilización administrativa, sino que más bien repercute negativamente sobre el administrado que se ve obligado a la presentación de numerosa documentación y a incurrir en costes innecesarios que podrían haberse evitado si con anterioridad a la solicitud de autorización ambiental integrada hubiese tramitado la DIC [declaración de interés comunitario]. Ello se revela con mayor significatividad en los casos en que la DIC es denegatoria, así como en los supuestos de inadmisión a trámite de la solicitud de la DIC, ya que esta constituye un acto resolutorio previo, preceptivo y esencial sin el que no puede obtenerse la autorización ambiental integrada. A lo anterior cabe añadir la actual sujeción a tasas por servicios administrativos de la solicitud de autorización ambiental integrada, costes en los que necesariamente deberá incurrir el administrado en el momento de formalizar dicha solicitud, con independencia de cuál sea el pronunciamiento final de la DIC».

80 Art. 11.2 del Texto Refundido de 2016: «El otorgamiento de la autorización ambiental integrada, así como su modificación y revisión precederá, en su caso, a los demás medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, entre otros...».

81 Texto Refundido de la Ley de Prevención Ambiental de Castilla y León, aprobado por Decreto legislativo 1/2015, de 12 de noviembre (art. 10.2): «El otorgamiento de la autorización ambiental (...) precederá a la licencia urbanística cuando la actividad prevista pretenda ubicarse en suelo rústico». Y lo corrobora la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 1 de marzo de 2011 (núm. de recurso 634/2010), FJ 1.

82 Ley 4/2009 (art. 35. Instalaciones en suelo no urbanizable o urbanizable sin sectorizar): «**1**. Cuando resulte exigible la previa obtención de la autorización excepcional prevista en la legislación urbanística para actividades situadas en suelo no urbanizable o urbanizable sin sectorizar, *no se podrá conceder la autorización ambiental integrada ni dictar declaración de impacto ambiental ni tampoco licencia de obras o de actividad sin que se acredite en el procedimiento la obtención de dicha autorización*. **2**. A estos efectos, se solicitará, si resulta preciso, informe del órgano autonómico competente de acuerdo con la legislación urbanística, en relación con el estado de la tramitación de la autorización excepcional, con los efectos suspensivos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común. 3. En caso de no contar con la autorización excepcional mencionada, el órgano competente para otorgar la autorización ambiental integrada dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones» (la cursiva es nuestra).

No obstante, algunas legislaciones autonómicas han optado por la plena integración (no sólo procedimental, sino también a efectos de resolución) de la autorización especial en suelo no urbanizable dentro de los contenidos de la AAI[83]. Así ocurre con las legislaciones navarra[84] y aragonesa[85], así como también, aunque sólo parcialmente, con la legislación andaluza, que limita dicha integración a las actuaciones en espacios naturales protegidos, lo que resulta coherente con su designio de incluir dentro de la AAI todos los pronunciamientos que sean de competencia de los órganos ambientales autonómicos, pero en principio sólo ellos[86].

No hay quizás una opción indiscutiblemente preferible a las demás, aunque probablemente, a mi juicio, tanto la anticipación de la autorización especial en suelo no urbanizable (sistema valenciano y murciano) como su plena integración en el procedimiento de la AAI (sistema navarro y aragonés) resultan superiores a su postergación respecto de esta última, que añade un factor no desdeñable de inseguridad sobre la viabilidad final de la instalación, mayor que el

83 En coherencia también, en cierto modo, con la previsión de la Ley 16/2002 y del Texto Refundido de 2016 (art. 11.4) de que las Comunidades Autónomas dispongan lo necesario para incluir en el procedimiento de la AAI «aquellas otras actuaciones que estén previstas en su normativa autonómica ambiental».

84 Art. 12 a) de la Ley Foral 4/2005: «Asimismo, en la autorización ambiental integrada se incluirá la correspondiente a la de actividades autorizables en suelo no urbanizable prevista en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo».

85 Art. 48.1.b) 2º de la Ley 11/2014: la AAI tiene como finalidad integrar en una única resolución administrativa «la autorización especial para construcciones o instalaciones a implantar en suelo no urbanizable prevista en la legislación urbanística cuando aquella sea exigible». Y en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2014 (art. 35.2): «No se someterán al procedimiento de autorización especial en suelo no urbanizable regulado en este artículo las construcciones e instalaciones que deban someterse al procedimiento de evaluación de impacto ambiental o de autorización ambiental integrada conforme a la normativa sectorial correspondiente. En estos supuestos, el órgano ambiental consultará al Consejo Provincial de Urbanismo competente siendo su informe vinculante en cuanto a las afecciones supralocales del uso o actividad planteados, la justificación del emplazamiento en el medio rural, la posibilidad de formación de núcleo de población, la conveniencia y alcance de la rehabilitación y los parámetros urbanísticos de aplicación. En caso de discrepancias entre el órgano ambiental y el Consejo Provincial de Urbanismo, el Consejero competente en materia de medio ambiente o de urbanismo podrá requerir su resolución al Gobierno de Aragón».

86 De acuerdo con el art. 21 c) de la Ley 7/2007, la AAI tiene por objeto «integrar en una resolución única [...] aquellos otros pronunciamientos y autorizaciones que correspondan a la Consejería competente en materia de medio ambiente, y que sean necesarios con carácter previo a la implantación y puesta en marcha de las actividades»; que aparecen detalladas en el Anexo II del Decreto 5/2012, de 17 de enero, incluyendo solamente, en relación con la «autorización de actuaciones en suelo no urbanizable», la relativa a «espacios naturales protegidos».

de la licencia de obras, e insuficientemente prevenido, en este caso, a través del «informe urbanístico previo», que por ser de competencia municipal y no autonómica, como de ordinario es aquella, no puede contener ningún juicio concluyente al respecto ni puede generar la confianza legítima desencadenante de responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de denegación final de la autorización.

V. REVISIONES PERIÓDICAS Y ANTICIPADAS DE LAS AUTORIZACIONES AMBIENTALES INTEGRADAS

1. Contexto y tipología

El régimen de la AAI se aplica exclusivamente a las instalaciones industriales de mayor potencial contaminante, en la actualidad unas 6.000 en toda España, una cifra no muy superior a la que había en el momento de entrada en vigor de esta normativa o al vencimiento del plazo de adaptación de las instalaciones entonces existentes (compensándose en buena medida a lo largo de estos años el número de altas con el de bajas)[87]. Quiere ello decir que en el momento actual y desde hace ya casi una década (cuando expiró el indicado plazo de adaptación) el mayor número de procedimientos en la materia corresponde no a la autorización inicial de instalaciones, sino a revisiones periódicas o anticipadas de instalaciones en funcionamiento[88].

En cuanto a las primeras, la Directiva 96/61/CE sólo exigía que los Estados miembros garantizaran la *revisión periódica* de los permisos concedidos, lo que la Ley 16/2002, en su redacción inicial, tradujo en la necesidad de renovación de las AAI cada ocho años[89]. La nueva Directiva de emisiones industriales ha optado por un sistema más preciso y uniforme, vinculado a la revisión periódica de

87 Según datos extraídos del Registro Estatal de Emisiones y Fuentes Contaminantes -PRTR España (http://www.prtr-es.es) el número de instalaciones industriales activas con AAI en España es en la actualidad (enero de 2017) de 6092, de las cuales más de la mitad (3122) son instalaciones de cría intensiva de ganado. Según datos tomados de la misma fuente, el número de instalaciones industriales afectadas por esta normativa en marzo de 2007 era de 5142.

88 Por designio de la Directiva 96/61/CE, el plazo de adaptación de las instalaciones existentes a la entrada en vigor de la normativa sobre prevención y control integrados de la contaminación vencía, en toda la Unión Europea, el 30 de octubre de 2007. En España se prolongó indebidamente por seis meses más (por medio de la Disposición final sexta de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad), lo que motivó una Sentencia de condena por parte de del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 18 de noviembre de 2010, As. C-48/10, Comisión/España).

89 Art. 13.1 de la Directiva 96/61/CE, y art. 25 de la Ley 16/2002, en su redacción original.

los documentos de referencia sobre las mejores técnicas disponibles (BREFs) en cada uno de los sectores industriales implicados, y consistente en la revisión de oficio por las Administraciones nacionales de los permisos en el plazo máximo de cuatro años tras la publicación de las pertinentes Decisiones de la Comisión Europea (sobre las conclusiones relativas a las mejores técnicas disponibles en el sector industrial correspondiente)[90], lo que fue recogido lógicamente de forma literal en la modificación de 2013 de la Ley 16/2002 y ha pasado ahora al vigente Texto Refundido[91], y en principio viene a suponer también una revisión de las AAI cada ocho años[92].

Antes de que llegue el momento de tener que renovar la AAI, pueden darse distintas circunstancias que justifiquen su *revisión anticipada*, principalmente dos: (**1**) la realización en la instalación de «modificaciones sustanciales», y (**2**) los cambios en la normativa de prevención y control integrados de la contaminación, como el que precisamente trajo consigo también la nueva Directiva sobre emisiones industriales, exigiendo la inclusión de nuevas o más precisas determinaciones en el condicionado del permiso, lo que motivó la sistemática actualización de los mismos antes del 7 de enero de 2014[93].

2. El informe urbanístico previo en el procedimiento simplificado

Pues bien, en una y otra clase de revisiones, que, como decíamos, constituyen ya en la actualidad y van a seguir representando en el futuro el grueso de los

90 Arts. 13 y 21 de la Directiva 2010/75/UE. Vid. más detalles al respecto en REVUELTA PÉREZ, I.: «La revalorización de las mejores técnicas disponibles en la Directiva de emisiones industriales», *op. cit.*, pp. 471 y ss.; y PERNAS GARCÍA, J.J.: «La transposición de la Directiva de emisiones industriales y su incidencia en la Ley 16/2002 de prevención y control integrados de la contaminación», *op. cit.*, pp. 26 y ss.

91 Art. 25 de la Ley 16/2002, en la redacción dada al mismo por la Ley 5/2013, de 11 de junio; y art. 26 del vigente Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre.

92 Pues en principio está previsto que los BREFs se revisen a más tardar cada ocho años (considerando 13 de la Directiva 2010/75/UE; y punto 1.2.2 de la Decisión de Ejecución de la Comisión, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75/UE).

93 Art. 82 de la Directiva 2010/75/UE; y Disposición transitoria primera de la Ley 16/2002, en la redacción dada a la misma por la Ley 5/2013, de 11 de junio (y también del nuevo Texto Refundido de 2016).

procedimientos de AAI tramitados por las Administraciones autonómicas, el problema que ha centrado nuestro interés en este trabajo, es decir, la relación entre el informe urbanístico del Ayuntamiento y su ulterior licencia de obras, se sigue planteando en los mismos términos que en el caso del otorgamiento inicial de la AAI, sin ninguna variación sustancial.

En efecto, todas estas revisiones se han de tramitar ahora por un *procedimiento simplificado*, que viene desarrollado con carácter básico en el nuevo Reglamento de 2013[94]. Si no ha habido cambios relevantes en la ordenación urbanística desde el momento en que se obtuvo la AAI, se exime al titular de la instalación del deber de solicitar el informe urbanístico previo [«En la solicitud no se aportará el informe urbanístico del Ayuntamiento [...], salvo que se varíen las circunstancias urbanísticas sobre las que se informó», art. 15.2 del Reglamento], con lo que obviamente no ha lugar a considerar los problemas que aquí nos hemos planteado en relación con la ulterior licencia de obras. Pero si se han producido esos cambios, se habrá de aportar el informe en términos análogos a si se tratara de la AAI inicial, y en consecuencia se puede dar la hipótesis de que el Ayuntamiento tenga que denegar la licencia de obras para un proyecto inicialmente informado de forma favorable, merecedora de la misma solución: no vinculación, sino responsabilidad patrimonial[95].

94 Vid. los arts. 10.3 (modificaciones sustanciales) y 26.5 (revisión de la AAI) del Texto Refundido de 2016, que establecen esa remisión reglamentaria; así como los arts. 14 a 16 del Reglamento de desarrollo de la Ley 16/2002, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre, que regulan dicho procedimiento simplificado. Para este procedimiento se establece un plazo de tramitación de seis meses con silencio negativo (art. 15.9), que, a mi juicio, habría que calificar más bien como de caducidad en todos los supuestos de revisión distintos del de modificación sustancial de la instalación, por tratarse de procedimientos que salvo este se inician de oficio (arts. 26 del Texto Refundido y 16 del Reglamento).

95 Cabría discutir si esta exigencia de informe urbanístico del Ayuntamiento, regulada con motivo de las modificaciones sustanciales (art. 15 del Reglamento), resulta también aplicable en los demás supuestos de revisión de la AAI (art. 16), por ejemplo, en las revisiones periódicas de las AAI, pues está contemplada en el apdo. 2 del art. 15, y el art. 16.4 reenvía a los trámites del art. 15, apdos. 3 a 11. De todas formas, la identidad de razón aconseja, a mi juicio, extender la exigencia, con sus mismas limitaciones, a estos otros supuestos.

En relación con la legislación anterior aplicable a la renovación de la AAI (en particular, el art. 7.1 del Reglamento de 2007: «En todo caso, en el procedimiento de renovación se incluirán, al menos, los trámites de información pública, informes del ayuntamiento y del organismo de cuenca y audiencia, contemplados en el Capítulo II del Título III de la Ley 16/2002, de 1 de julio»), la STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2015 (núm. de recurso 4389/2012) entendió que dentro de dichos informes quedaba incluido el informe urbanístico del Ayuntamiento [«el legislador ha querido que las actividades autorizadas sean compatibles con el planeamiento urbanístico y que dicha compatibilidad sea declarada por la Administración

En realidad, los problemas que con más frecuencia pueden producirse con motivo de estas revisiones, son los relativos a cambios en la ordenación territorial y urbanística entre el momento en que se obtuvo la AAI y aquel en que se somete a revisión, problemas análogos a los que ya se dieron en su día con motivo de la adaptación de las instalaciones existentes al nuevo régimen de la AAI. El viejo Reglamento estatal de 2007 tuvo presente este tipo de problemas, remitiendo a los regímenes de fuera de ordenación establecidos por la legislación urbanística autonómica correspondiente[96]. La actual legislación básica (Texto Refundido de 2016 y Reglamento de 2013) ni siquiera alude a ellos, pero no cabe duda de que la solución a los mismos (de los que depende la posibilidad de autorizar las obras a acometer con motivo de la revisión y en definitiva la continuidad o no de la instalación en su actual emplazamiento) seguirá viniendo de la mano de las legislaciones urbanísticas autonómicas, por definición potencialmente variables[97].

VI. **CONCLUSIONES**

El tema que motivó este pequeño trabajo, la relación entre el informe urbanístico previo, emitido por el Ayuntamiento en la antesala del procedimiento de otorgamiento de la AAI, y la posterior licencia municipal de obras tiene, a mi

municipal. Por tanto, no sería razonable que la misma Ley que atribuye unas consecuencias tan drásticas como las del archivo de las actuaciones si se emite un informe negativo de compatibilidad con el planeamiento urbanístico, admita sin embargo la renovación de la AAI sin contar con el parecer de la Administración urbanística o incluso a pesar de aquel», FJ 4]; criterio confirmado por la STS de 12 de julio de 2016 (recurso núm. 1306/2015, FJ 3), aunque negando, en estos casos, al informe negativo del Ayuntamiento un efecto obstaculizador de la continuación del procedimiento de la AAI.

96 Disposición transitoria única, apdo. 2, del Reglamento aprobado por Real Decreto 509/2007, de 20 de abril: «A efectos de la elaboración del informe urbanístico, cuando se trate de instalaciones existentes con anterioridad a la aprobación de las normas de planeamiento vigentes en el momento de solicitar el mencionado informe, la compatibilidad de la ubicación de las instalaciones con el planeamiento urbanístico se determinará de conformidad con las reglas establecidas al efecto en los instrumentos de planeamiento para este tipo de instalaciones, en particular en lo relativo al régimen de edificios fuera de ordenación».

97 La única regla común a este respecto sería la establecida, a efectos de responsabilidad patrimonial, por el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre [art. 48, letra a]: «Las situaciones de fuera de ordenación producidas por los cambios en la ordenación territorial o urbanística no serán indemnizables, sin perjuicio de que pueda serlo la imposibilidad de usar y disfrutar lícitamente de la construcción o edificación incursa en dicha situación durante su vida útil».

juicio, una respuesta muy clara. En modo alguno puede atribuirse a dicho informe, en caso de ser favorable, un carácter vinculante sobre la ulterior licencia de obras, ni siquiera en relación con los aspectos considerados en el mismo (como indebidamente hacía el Reglamento estatal de 2007, hizo la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana en el caso «Biodiesel Alicante, SL», y siguen haciendo algunas legislaciones autonómicas en la materia), por la sencilla razón de que la licencia de obras es un acto reglado, que habrá de denegarse (con independencia de lo apreciado en el informe) si así lo exige la ordenación vigente en el momento de resolver sobre aquella.

La única cuestión que legítimamente puede plantearse en estos casos es la de la eventual responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento que informó favorablemente y luego deniega la licencia, en relación ante todo con los gastos devenidos inútiles. Responsabilidad que, a mi juicio, es incuestionable si la rectificación obedece al carácter erróneo del informe; y que, para el caso de un cambio sobrevenido en la ordenación territorial y urbanística, podría encontrar respuesta dando al informe previo favorable un tratamiento análogo al de las cédulas de garantía urbanística reguladas en las legislaciones urbanísticas autonómicas, como se ha intentado justificar en el trabajo.

La exigencia, adicional a la licencia de obras, de una autorización especial para la instalación industrial por ocupación de suelo no urbanizable (habitualmente de competencia autonómica) afecta sólo de forma tangencial a la problemática aquí examinada, en la medida en que (si todavía no se dispone de dicha autorización) el informe urbanístico del Ayuntamiento habrá de condicionar la compatibilidad urbanística del proyecto a su obtención, pero sin que la eventual denegación futura de la misma pueda dar lugar en este caso a ningún tipo de responsabilidad patrimonial de la Corporación municipal.

Finalmente, toda la problemática aludida y su solución no sufren variación significativa alguna cuando la colisión entre el informe favorable y la denegación de la licencia de obras se produce con motivo de las revisiones periódicas o anticipadas de las AAI inicialmente concedidas.

Análisis de las novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual

Silvia Díez Sastre

RESUMEN

El Derecho de la contratación pública está experimentando un proceso progresivo de europeización en las últimas décadas. Uno de los cambios más relevantes que se ha introducido en los Derechos nacionales es la redefinición del ámbito de aplicación de estas normas, tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo. En concreto, la nueva Directiva 2014/24/UE contribuye a perfilar el ámbito subjetivo de aplicación de las reglas europeas de contratación pública. Además, introduce importantes novedades en torno a las exclusiones de su ámbito objetivo de aplicación, bien por considerar que hay actuaciones al margen de la contratación pública o por entender que hay contratos públicos que deben excluirse de las exigencias europeas. Este trabajo contribuye al análisis de esta nueva normativa teniendo en cuenta la jurisprudencia europea y nacional sobre la materia.

ABSTRACT

Public Procurement Law has experienced an ongoing Europeanisation process in the last decades. The redefinition of the objective and subjective scope of application of the Public Procurement Directives has represented one of the main changes undergone by national legal systems. The new Directive 2014/24 nuances the provisions on the subjective scope of application of European public procurement regulations. It also includes new rules regarding the objective scope of application. Accordingly, it provides for cases outside

the scope of application as well as for exceptions thereof. This study proposes an analysis of these new rules considering the European and national case law issued on this matter.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO INICIAL. **II.** LA EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. **III.** EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. **1.** Concepto de poder adjudicador. **2.** La definición de «organismo de Derecho público». **A.** Necesidades de interés general. **B.** Personalidad jurídica propia. **C.** Influencia dominante de un poder adjudicador. **a**) Financiación mayoritaria de un poder adjudicador. **b**) Control de la gestión por un poder adjudicador. **3.** El concepto de operador económico. **IV.** EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS. **1.** La expansión del concepto de contrato público y el Derecho de la organización administrativa. **2.** Las exclusiones del ámbito de aplicación: contratos y colaboración público-pública. **A.** Capacidad de autoorganización de la Administración: los medios propios. **a**) Adjudicación descendente. **b**) Adjudicación ascendente y horizontal. **c**) Encargos a medios propios y encomienda de gestión. **B.** Relaciones intersubjetivas. **a**) Relaciones horizontales o no institucionalizadas. **b**) Relaciones verticales o institucionalizadas. **V.** BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

En las últimas décadas el derecho de los contratos públicos ha estado sometido a un intenso proceso de europeización. Tanto la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como la regulación contenida principalmente en las Directivas de contratación han contribuido a crear un nuevo derecho de los contratos públicos que, en muchos casos, se superpone a las tradiciones nacionales que todavía subsisten en esta materia. *Una de las herramientas fundamentales para transformar este sector del Derecho administrativo ha sido la redefinición de su ámbito de aplicación*. La extensión de los sujetos que deben someterse a las reglas europeas, así como la redefinición de las relaciones jurídicas que conducen a la celebración de un contrato público sujeto a las Directivas, han convertido al derecho de los contratos públicos en un eje fundamental para determinar la posición de los poderes públicos como demandantes de obras, servicios y suministros en el mercado.

En la evolución de las normas europeas de contratos públicos hay un claro interés en trazar una línea divisoria entre el sector público y el mercado. Con esa

finalidad, *qué es lo público se define por oposición al mercado*[1]. Algunos ejemplos que muestran el afianzamiento de esta tendencia son los siguientes: **a**) el interés general se define por oposición al mercantil e industrial; **b**) el ánimo de lucro se vincula a la actividad de operadores privados, mientras que el sector público se define por la inexistencia de ánimo de lucro; **c**) la onerosidad se concibe como un elemento típico de las relaciones en el mercado, frente a las relaciones jurídico-públicas; **d**) por último, se habla de contrato para referirse a un negocio jurídico típico del mercado frente a otro tipo de actuaciones, como la transferencia de competencias o los convenios de colaboración que se encuentran en el ámbito de lo público. El derecho europeo hace pivotar sus conceptos y la regulación de las relaciones jurídicas en torno a un binomio mercado-sector público. En ocasiones esta regulación puede no cohonestar bien con las legislaciones nacionales ni con la realidad del funcionamiento de los Estados y los operadores económicos privados. El resultado es el afloramiento de tensiones entre las instancias europeas y los Estados miembros.

Uno de los principales puntos de fricción se localiza en la diferenciación entre el derecho de los contratos públicos y el derecho de la organización administrativa. La legislación europea conceptúa como «contrato» cualquier relación entre la Administración y operadores económicos, pero también entre Administraciones y entidades de la propia Administración. En estos dos últimos casos, *la idea de relación contractual se opone a la de relación meramente administrativa*. De forma que cuando la relación sea contractual debe someterse a las reglas europeas de contratación pública, a no ser que concurra una exclusión prevista en estas mismas reglas. El problema radica en que, como se pone de manifiesto en este trabajo, la definición europea de relación administrativa es incompleta. Únicamente se ofrecen algunas pistas: hay relación administrativa y no contractual cuando una de las partes carece de margen de decisión para cumplir las instrucciones de la contraparte o para determinar la cuantía de su retribución[2].

En este contexto, a lo largo del estudio se analiza el ámbito de aplicación de las normas de contratos públicos teniendo en cuenta los principales cambios o precisiones que ha introducido la Directiva 2014/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por

1 DÍEZ SASTRE, S.: «Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo», *Observatorio de los Contratos Públicos 2014* (2015), p. 62.

2 Considerando 34 Directiva 2014/24/UE. En este sentido, VILALTA REIXACH, M.: *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012, pp. 275 y ss.; DÍEZ SASTRE, S.: «Formas y...», cit., p. 68.

la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (en adelante, Directiva 2014/24/UE). En primer lugar, se hace un planteamiento general de la evolución del ámbito de aplicación (II); a continuación se exponen las novedades en el ámbito subjetivo de aplicación (III); seguidamente, se examinan las nuevas disposiciones en torno al ámbito objetivo de aplicación (IV). En concreto, se analiza cómo de forma progresiva *el derecho europeo de los contratos públicos va ganando terreno a las legislaciones nacionales al definir qué debe formar parte del mercado y cuál es el margen que queda a los poderes públicos* para la autoorganización administrativa, las formas de gestión de los servicios públicos y de ejercicio de las competencias legalmente atribuidas.

II. **LA EVOLUCIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS**

Como acaba de señalarse, el ámbito de aplicación de las normas europeas de contratos públicos se ha expandido progresivamente. En primer lugar, las sucesivas Directivas han ampliado el rango de objetos contractuales que caen bajo su ámbito de aplicación: servicios, obras, suministros y, en la actualidad, también los contratos de concesiones de servicios y de obras (Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión)[3]. Los umbrales económicos de los distintos contratos se han ido ajustando. Para las autoridades estatales se establecen ciertos umbrales que, sin embargo, se elevan para los poderes subcentrales (autoridades regionales y locales) que no están en las mismas condiciones para hacer frente a las complejidades derivadas de los procedimientos europeos de adjudicación de contratos públicos (art. 4 Directiva 2014/24/UE). Además, el Derecho europeo se expande a través de sus principios de contratación pública a todos los contratos que puedan tener interés para el mercado interior, con independencia de su cuantía. En ese sentido, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o solo parcialmente cubiertos, por las Directivas de contratación pública consolida la jurisprudencia que había elaborado el TJUE[4]. Pero con independencia de estos cambios, el factor determinante para aplicar las reglas de

3 La jurisprudencia del TJUE ya había interpretado que estos contratos debían adjudicarse conforme a los principios europeos: Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de´ Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487.

4 Por todas, Sentencia *Telaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH y Telekom Austria AG*, C- 324/98, EU:C:2000:669; Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cin-*

contratos públicos es el tipo de sujeto. *Solo las entidades que pueden considerarse poder adjudicador según las Directivas deben regirse por las reglas europeas de contratos*, con independencia de su grado de sometimiento a las mismas: regulación de las Directivas o simplemente sujeción a los principios generales de la contratación pública.

Más allá de la evolución del sujeto, objeto y cuantía de los contratos públicos se han producido otros cambios relevantes. Uno de ellos es la ampliación del concepto de contrato público, que supera la distinción tradicional entre contrato administrativo y contrato privado que se había implantado en algunos Estados miembros, como España. Más adelante, se volverá sobre esta cuestión. Otro fenómeno importante ha sido *la extensión de las reglas europeas de contratos públicos a lo largo de la vida del contrato*. Los primeros pasos en esta dirección se dieron de la mano de la jurisprudencia del TJUE en materia de modificación de contratos[5]. También por la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta norma obligó a los Estados miembros a regular un recurso contra los contratos que incurren en ciertas causas de ineficacia. A pesar de ello, hay que tener en cuenta que el art. 1 Directiva 2014/24/UE, relativo a su objeto y ámbito de aplicación, establece que la Directiva regula los procedimientos de contratación por poderes adjudicadores con respecto a contratos públicos y concursos de proyectos por encima de ciertos umbrales. La finalidad fundamental sigue siendo garantizar la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa. Además, los títulos competenciales y las finalidades fundamentales perseguidas por las Directivas siguen siendo las mismas: garantizar el buen funcionamiento del Mercado Interior.

Por último, hay que añadir una breve reflexión sobre las distintas perspectivas de interpretación del Derecho de los contratos públicos, que están contribuyendo a su evolución en distintas direcciones. A nivel regulatorio, académico y judicial *se extiende la idea de que el Derecho de los contratos públicos ha de interpretarse de manera procompetitiva*, esto es, promoviendo la mayor competencia

gia de´ Botti, C-231/03, EU:C:2005:487; Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EU:C:2005:605.

5 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y CAS Succhi di Frutta SpA,* C-496/99, EU:C:2004:236*;* Sentencia *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH y Republik Österreich,* C-454/06, EU:C:2008:351; Sentencia *Wall AG c. Municipio de Fráncfort del Meno,* C-91/08, EU:C:2010:182.

posible en el mercado, dentro de los márgenes que ofrece la legislación europea[6]. Parece asumirse la mayor eficacia económica del mercado en la prestación de bienes y servicios –aunque los estudios científicos al respecto no corroboren necesariamente esas tesis[7]–. Esta visión procompetitiva se enfrenta a una visión de la contratación pública como política pública. La previsión de cláusulas sociales o medioambientales 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 suministros y de servicios (en adelante, Directiva 2004/18/CE) permitió vislumbrar una tendencia que va a más allá de los criterios economicistas que se habían atribuido tradicionalmente a las Directivas[8]. El futuro del Derecho de los contratos públicos parece pasar necesariamente por la búsqueda del equilibrio entre estas dos tendencias.

III. **EL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS**

La aplicación del derecho de los contratos públicos tiene como presupuesto fundamental la identificación de las entidades que están sometidas a sus normas. Por esta razón, la jurisprudencia y la legislación europeas han dedicado un importante esfuerzo a la delimitación del concepto de poder adjudicador. Este concepto determina la sujeción a los mandatos de las Directivas (art. 1.1 Directiva 2014/24/UE) e incluso a los principios de la contratación pública, en el caso de los contratos que no han sido objeto de armonización[9]. Por su parte, el legislador español ha tratado de adaptarse a las exigencias europeas desde la aprobación de

6 Por todos, SÁNCHEZ GRAELLS, A.: *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oregon (2011), p. 15, y «Competition and the Public Buyer Towards a More Competition-oriented Procurement: The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives», Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=1928724, (2009), p. 4; y ESTEVAN DE QUESADA, C.: «Competition and Transparency in public procurement markets», *Public Procurement Law Review*, 5, (2014), p. 231.

7 Por todos, BEL I QUERALT, G. / ESTRUCH MANJÓN, A.: «La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?», *Anuario de Derecho Municipal*, 5 (2012), pp. 193-205.

8 GIMENO FELIÚ, J.Mª.: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008), p. 10.

9 Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos, o solo parcialmente cubiertos, por las Directivas de contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006).

la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público[10], redefiniendo su ámbito de aplicación (art. 3). En la actualidad se regula en el Real Decreto 3/2001, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP)[11]. De hecho, ha ampliado el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratos públicos a todos los entes del sector público, lo que supone ir más allá del concepto de poder adjudicador establecido en las normas europeas[12]. *La aprobación de la Directiva 2014/24/UE no ha introducido ningún cambio relevante en los conceptos empleados en relación con el ámbito subjetivo de aplicación de las normas de contratos*. Simplemente ha introducido algunas precisiones y aclaraciones que, en su mayoría, suponen la consagración normativa de los criterios que el TJUE había elaborado a través de su jurisprudencia. A continuación se exponen y analizan brevemente.

1. Concepto de poder adjudicador

El concepto de poder adjudicador establecido en las sucesivas Directivas de contratos ha sido objeto de una interpretación funcional impuesta por el TJUE para garantizar el efecto útil del derecho europeo[13]. De acuerdo con esta perspectiva, *los sujetos que deben aplicar las reglas de adjudicación de contratos públicos no se definen por su naturaleza jurídica, sino por las actividades que realizan y por sus vínculos con el interés general*[14]. El concepto funcional de poder adjudicador ha determinado el sometimiento a las reglas de contratación pública de sujetos que previamente contrataban libremente en el mercado conforme a los derechos nacionales. Una de las consecuencias de este cambio ha sido la redefinición del concepto de Administración pública en el ordenamiento de los Estados miembros. Como se ha visto anteriormente, lo público se identifica ahora en oposición al mercado. En la medida en que una entidad esté estrechamente vinculada con el poder público, independientemente de su forma jurídica, pública o priva-

10 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-18874.

11 Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887.

12 Al respecto, CHINCHILLA MARÍN, C.: «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública,* 79 (2007), pp. 47 y ss.

13 Sentencia *Gebroeders Beentjes BV y Estado de los Países Bajos*, C-31/87, EU:C:1988:422. DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 37.

14 Con respecto al carácter funcional del concepto de poder adjudicador, *ex multis*: Sentencia *Universale Bau AG y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, EU:C:2002:746; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas* y *Reino de España*, C-214/00, EU:C:2003:276.

da, se considera parte de la Administración a efectos de aplicar las reglas de contratos públicos. Se entiende que su intervención en el mercado puede producir distorsiones, ya que su conducta no está regida por criterios de mercado. En la legislación española el impacto de esta interpretación funcional del concepto de Administración se muestra de forma muy evidente en la denominación de los textos legales. Ya no se hace referencia a la Administración, sino al sector público. Basten como ejemplo el propio TRLCSP o la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP)[15].

La aprobación de la Directiva 2014/24/UE no ha introducido ningún cambio en esta aproximación. Como afirma el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE, la nueva regulación no modifica el ámbito subjetivo de aplicación con respecto a la Directiva 2014/18/UE. *Se mantienen las definiciones tal y como se habían interpretado por el TJUE y se incorporan las aclaraciones fijadas a través de su jurisprudencia*. No obstante, se introducen algunas precisiones en la dicción literal de la Directiva. Así, en la definición de poder adjudicador, la Directiva 2004/18/CE se refería al «Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o dichos organismos de Derecho público» (art. 1.2.9). Mientras que el art. 2.1.1 Directiva 2014/24/UE habla de «autoridades regionales o locales» donde antes se refería a «entes territoriales». Más allá de las precisiones terminológicas, el concepto más problemático de la definición de poder adjudicador ha sido habitualmente el de «organismo de Derecho público». Por esa razón, las principales novedades en la regulación del ámbito subjetivo de aplicación se centran en aclarar este concepto, que ha de interpretarse en clave europea y no nacional. La Directiva 2014/24/UE, sin embargo, no introduce ninguna innovación. Se limita a positivizar los criterios que ya había aplicado y establecido el TJUE a través de su jurisprudencia. La Directiva contiene, además, un listado en el Anexo I con los poderes adjudicadores de cada Estado miembro. La Comisión es competente para modificar este listado (art. 6.7 Directiva 2014/24/UE), al que en ningún caso se le puede atribuir carácter exhaustivo[16].

2. La definición de «organismo de Derecho público»

La Directiva 2014/24/UE (art. 2.4) mantiene la misma definición de organismo de Derecho público, que contenía la Directiva 2014/18/UE (1.2.9, 2º párrafo). No obstante, introduce algunas precisiones. Señala que el organismo debe re-

15 Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10566.

16 Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

unir todas las características siguientes que tienen, por tanto, carácter cumulativo:

a) Haber sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial.

b) Estar dotado de personalidad jurídica propia –en la Directiva 2004/18/CE solo se decía «personalidad jurídica»–.

c) Estar financiado mayoritariamente por un poder adjudicador (el Estado, las autoridades regionales o locales, otros organismos de derecho público o agrupaciones de los mismos); o que la gestión esté supervisado por él; o tener un órgano de administración, dirección o supervisión en el que más de la mitad de miembros sean nombrados por un poder adjudicador. Con respecto a este requisito, hay que tener en cuenta que la Directiva 2004/18/CE señalaba que «la actividad de la entidad» debía estar financiada por un poder adjudicador y ahora se refiere a la entidad en sí. También se hacía referencia a entes territoriales, en lugar de autoridades regionales o locales. Se aludía a la existencia de «control» de la gestión, en lugar de «supervisión» sobre ella. Y se hablaba de órgano de vigilancia en lugar de órgano de supervisión.

Las novedades introducidas aluden a matices terminológicos y no alteran la interpretación que ya se hacía de estos requisitos. La dificultad que planteaba su aplicación práctica se ha sumado a la manifestación de una cierta resistencia por parte de los Estados miembros a ampliar el ámbito subjetivo de las normas de contratos públicos. Por esa razón, en numerosos supuestos se han planteado cuestiones prejudiciales orientadas a clarificar su aplicación en casos concretos, así como recursos de incumplimiento promovidos por la Comisión. *El TJUE ha establecido de este modo una consolidada doctrina sobre la interpretación de cada uno de estos requisitos*. A continuación se hace un repaso de los principales criterios de interpretación, introduciendo algunas aclaraciones contenidas en la Directiva 2014/24/UE.

A. **Necesidades de interés general**

La interpretación del requisito relativo a que la entidad haya sido creada para satisfacer «necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial» ha creado numerosos problemas a nivel europeo. *En España se interpretó, en principio, que, cuando una entidad realiza actividad mercantil, queda excluida del concepto de organismo de derecho público*, con independencia de que también lleve a cabo actividades de interés general [17]. Es más, se llegó a estable-

17 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-283/00, EU:C:2003:544.

cer la presunción de que una sociedad mercantil ejercía actividad de interés general de carácter mercantil e industrial y, por tanto, no cumplía este requisito de los organismos de derecho público[18]. El TJUE ha establecido una interpretación opuesta que impide que la caracterización de una entidad como de derecho privado en el ordenamiento jurídico nacional obstaculice la aplicación de las normas europeas. El concepto de organismo de derecho público ha de interpretarse en clave funcional[19].

La *realización de actividades de interés general* –por ejemplo, mediante el cumplimiento de obligaciones de servicio público–, supone el cumplimiento del primer requisito de los organismos de derecho público, aunque la actividad tenga vertientes mercantiles e industriales. Es más, si la entidad lleva a cabo de forma simultánea actividades de interés general y otras actividades de carácter mercantil e industrial, y las primeras representan una parte menor de su actividad, se produce una *vis* atractiva por parte de las actividades de interés general a efectos del cumplimiento de la Directiva. Da igual que las actividades de interés general representen una «parte relativamente poco importante» de su actividad[20]. De modo que cuando una entidad presta servicios públicos o tiene que cumplir obligaciones de servicio público hay que entender que se da el primer requisito establecido en la Directiva para los organismos de derecho público[21].

Además, para valorar cuándo se está ante una actividad de interés general que no tiene carácter mercantil o industrial, el TJUE invita a *analizar las circunstancias de creación de la entidad y las condiciones en las que ejerce su actividad*[22]. En este sentido, la Directiva contribuye a precisar el concepto mediante una serie de indicios que configuran una suerte de definición en negativo, que ya habían aparecido en la jurisprudencia del Tribunal. El Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE menciona varios criterios que, de concurrir, determinan que el órgano no se someta a la normativa de contratos públicos. Esos

18 Al respecto, de forma crítica, GIMENO FELIÚ, J.Mª: «El nuevo...», cit, p. 21.

19 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-283/00, EU:C:2003:544.

20 Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525; Sentencia *Universale-Bau AG y otros y Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, EU:C:2002:746; Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110; Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

21 GIMENO FELIÚ, J.Mª: «El nuevo...», cit, p. 22.

22 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

requisitos, que parece que deben concurrir de forma cumulativa, son los siguientes:

a) Que la entidad opere en condiciones normales de mercado.

b) Que tenga ánimo de lucro.

c) Y que soporte las pérdidas que pueda sufrir con ocasión del ejercicio de su actividad.

Si se cumplen esas condiciones, se establece una presunción de que la entidad satisface necesidades de carácter mercantil e industrial y, por tanto, no es un organismo de derecho público. Solo con ese tipo de finalidad tiene sentido que una entidad creada en el ámbito del sector público o vinculada con el mismo sufra los avatares del mercado como cualquier otro operador económico. Con esta precisión el legislador europeo introduce un criterio más en la identificación de los organismos de derecho público. *Si se opera en condiciones de mercado, hay que presumir que la entidad queda fuera del ámbito de aplicación de la Directiva*. Ahora bien, hay que señalar que la jurisprudencia europea había afirmado que, cuando se lleva a cabo una actividad de interés general, aunque se haga en competencia en el mercado, se entiende cumplido el primer requisito de los organismos de derecho público[23]. Pero la realización de la actividad en competencia ya se consideraba un indicio de que la actividad es de carácter mercantil o industrial[24]. Hay que combinar, por tanto, estos criterios, y dar prioridad al cumplimiento de los requisitos expresados en el art. 2.4 Directiva 2014/24/UE.

En cualquier caso, la lógica de esta exclusión del concepto de organismo de derecho público se explica por el interés de las autoridades europeas en el funcionamiento del mercado. *Si una entidad opera en el mercado sin privilegios ni beneficios derivados del sector público, se presume que va a guiar su actuación por criterios de mercado*. Esto significa que, al adjudicar sus contratos, vaya a hacerlo con criterios objetivos y económicos, porque de otro modo no podrá subsistir[25]. Esa es la razón por la que las entidades del sector público que operan como uno más en el mercado no constituyen un problema desde la perspectiva de los contratos públicos, aunque sí podrán plantear, en su caso, otros problemas desde el punto de vista del derecho de la competencia.

23 Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525; Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

24 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

25 Sentencia *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros*, C-18/01, EU:C:2003:300.

B. **Personalidad jurídica propia**

En relación con el requisito de la personalidad jurídica, la jurisprudencia lleva a cabo una interpretación funcional y amplia[26]. Para el derecho europeo no es relevante el tipo de personalidad jurídica, pública o privada. En ambos casos se considera satisfecho el requisito de la Directiva. Por esa razón, es indiferente, por ejemplo, que una entidad tenga la forma de sociedad mercantil; si cumple los demás requisitos establecidos para los organismos de derecho público, ha de someterse a las Directivas. Como se ha apuntado más arriba, en España se produjo cierta resistencia a esta interpretación, ya que se entendía que las entidades jurídico-privadas no estaban dentro del ámbito de aplicación de las normas de contratos públicos. Sin embargo, la condena del TJUE por incumplimiento obligó a un ajuste en la línea del derecho europeo que se produjo a través de la redefinición del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público[27].

C. **Influencia dominante de un poder adjudicador**

El último de los requisitos que ha de cumplir un organismo de derecho público es estar sometido al control de un poder adjudicador. Debe existir una dependencia estrecha de Estado, las autoridades regionales o locales u otros organismos de derecho público[28]. Ese control puede tener carácter financiero, cuando el ente está financiado mayoritariamente por un poder adjudicador; puede referirse a la capacidad de control de la gestión de la entidad o de los órganos de administración, dirección o supervisión. A continuación se analizan las dos primeras modalidades de control, que han exigido un mayor esfuerzo interpretativo por la jurisprudencia.

a) *Financiación mayoritaria de un poder adjudicador*

La jurisprudencia del TJUE se ha pronunciado específicamente sobre la interpretación de este requisito, en concreto, qué debe entenderse por «mayoritaria» y qué debe considerarse «financiación de un poder adjudicador». Así, al analizar el posible carácter de organismo de Derecho público de la Universidad de Cam-

26 Sentencia *Mannesmann Anlagenbau Austria AG y Strohal Rotationsdruck GesmbH*, C-44/96, EU:C:1998:4; Sentencia *Gemeente Arnhem y Gemeente Rheden y BFI Holding BV*, C-360/96, EU:C:1998:525.

27 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-214/00, EU:C:2003:276.

28 Sentencia Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen y otros y Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa y otros, C-18/01, EU:C:2003:300.

bridge, señala que formarían parte de esta financiación las becas y subvenciones concedidas por poderes adjudicadores para llevar a cabo tareas investigadoras o para cubrir los gastos académicos de ciertos estudiantes. Sin embargo, los pagos por la ejecución de contratos de servicios o por la realización de colaboraciones no formarían parte de la financiación que determina el control por un poder adjudicador. Además, señala que la referencia a «en su mayor parte» debe interpretarse como más de la mitad. *Para calcular esa proporción hay que atender a todos los ingresos del organismo analizado*, aunque resulten de una actividad de tipo mercantil[29]. En un pronunciamiento posterior, el Tribunal consideró, además, que el cobro de un canon a los consumidores forma parte de la financiación pública de una empresa, si su imposición se realiza por el Estado[30]. De modo que la financiación relevante para analizar el control de un poder adjudicador puede incluir pagos procedentes de los usuarios que sean impuestos, calculados y recaudados conforme a las normas de derecho público.

A la luz de esta jurisprudencia, el Considerando 10 de la Directiva 2014/24/UE *in fine*, precisa que la remisión a «en su mayor parte» se refiere a más de la mitad de la financiación. En España, la inexistencia de financiación mayoritaria por un poder adjudicador se ha constatado, por ejemplo, en el caso de las juntas de compensación urbanísticas. En la medida en que la financiación procede de los propietarios privados, se entiende que no se cumple este requisito, ni ninguno vinculado al control, de modo que no tienen el carácter de poder adjudicador[31].

b) *Control de la gestión por un poder adjudicador*

La segunda de las circunstancias que puede determinar la existencia de influencia por un poder adjudicador se refiere al control de la gestión del organismo. Esta condición se satisface cuando un poder adjudicador tiene el control final en la toma de decisiones de la entidad. No basta con la existencia de un control *a posteriori* de la actividad realizada por el organismo. *El poder adjudicador debe poder influir en la toma de decisiones*. Ahora bien, se entiende que existe esa influencia cuando el poder público controla la gestión corriente con criterios de legalidad, eficiencia, rentabilidad o racionalidad, así como cuando los poderes

29 Sentencia *The Queen c. H.M. Treasury –ex parte: the University of Cambridge,* C-380-98, EU:C:2000:529.

30 Sentencia *Bayerischer Rundfunk y otros y Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,* C-337/06, EU:C:2007:786.

31 Informe 44/09, de 26 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

adjudicadores pueden visitar los locales e instalaciones del organismo e informar de los resultados de sus controles a la entidad territorial que posee el capital de dicha entidad[32].

3. El concepto de operador económico

Junto a los conceptos de poder adjudicador y de organismo de derecho público, es relevante tener en cuenta la precisión del concepto de «operador económico». El derecho de los contratos públicos europeos tiene como finalidad fundamental ordenar la adjudicación de los contratos por poderes adjudicadores a operadores económicos que actúan en el Mercado Interior. *La definición de qué es un operador económico es determinante, por tanto, para definir a las partes de la relación jurídica establecida a través de los contratos públicos*. De ese modo, puede profundizarse, además, en la naturaleza jurídica de la relación contractual, que es crucial para identificar los supuestos de exclusión del ámbito objetivo de aplicación de la normativa de contratos públicos que se examinan más adelante.

La Directiva 2004/18/CE (art. 1.2.8, 2º párrafo) no fijó una definición de operador económico. Únicamente precisaba que operador económico era un concepto que simplificaba el texto y que podía referirse al contratista, proveedor o prestador de servicios. A su vez, un contratista, proveedor o prestador de servicios era una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de las mismas que ofrece la realización de obras, servicios o suministros. El art. 2.1.10 Directiva 2014/24/UE sí que *establece, sin embargo, una definición específica para el concepto de operador económico*: «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas, las entidades públicas, o a las agrupaciones de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezcan en el mercado la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios». Se trata de la misma definición que se establecía previamente para los contratistas, proveedores o prestadores de servicios.

Lo relevante a los efectos que aquí interesan es que *tanto personas privadas como entidades públicas pueden ser consideradas operadores económicos* y, por tanto, parte de un procedimiento de adjudicación de un contrato público y, en su caso, adjudicatarios del mismo. Un contrato podrá ser así, de carácter público-privado (en la mayoría de los casos) o público-público (en los supuestos en que se verá más adelante al tratar el ámbito objetivo de aplicación de las normas de contratos públicos). Lo que importa es que el poder adjudicador contrate con

32 Sentencia *Adolf Truley GmbH contra Bestattung Wien GmbH*, C-373/00, EU:C:2003:110.

una persona jurídica distinta, que podrá tener naturaleza jurídico-pública o jurídico-privada[33]. En este sentido, hay que precisar que el concepto de operador económico no exige que la finalidad principal de la entidad sea la obtención de lucro, como sucede con las universidades o los centros de investigación[34].

IV. EL ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONTRATOS PÚBLICOS

1. La expansión del concepto de contrato público y el Derecho de la organización administrativa

La Directiva 2014/24/UE contiene distintas alusiones al concepto de contrato público. En la definición que ofrece en el art. 2.1.5 se dan algunas claves: son 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». El concepto de contrato público está compuesto, así, de varios elementos:

a) Un elemento subjetivo: el contrato debe estar celebrado por uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos. Esas entidades deben estar jurídicamente diferenciadas y ser independientes entre sí a la hora de tomar decisiones[35]. Además, deben tener libertad para decidir si quieren aceptar o no el vínculo contractual[36].

b) Un elemento objetivo: el contrato debe tener algunos de los tres objetos regulados por el derecho europeo: obras, suministro o prestación de servicios.

c) Un elemento teleológico: el carácter oneroso del contrato. Los contratos realizados de forma gratuita no son relevantes para las normas europeas y

33 Al respecto, Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

34 Sentencia *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CONISMA) / Regione Marche,* C-305/08, EU:C:2009:807; Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817; Sentencia *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze y Data Medical Service Srl*, EU:C:2014:2466. VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados contratos de auto-provisión (o 'contratos *in-house providing*')», Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Tratado de Contratos*, Tomo XIV, Aranzadi, Cizur Menor, (2014), p. 973.

35 Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

36 Sentencia *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado*, C-295/05, EU:C:2007:227; y Sentencia *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración General del Estado*, C-220/06, EU:C:2007:815.

no se consideran contratos públicos. Ahora bien, eso no implica que las partes involucradas en el contrato tengan necesariamente ánimo de lucro. Puede existir un contrato público en el que el operador económico no tenga ánimo de lucro[37]. De hecho, no se exige que el contratista obtenga necesariamente un beneficio económico, basta con que el poder adjudicador sí lo haga[38]. De modo que es posible que la contraprestación de un contrato consista únicamente en el reembolso de los gastos soportados por la prestación del servicio pactado[39].

d) Un criterio formal: el contrato debe formalizarse necesariamente por escrito. No caben los contratos públicos que no se hayan formalizado por este medio.

e) La finalidad del contrato, esto es, que sirva o no a un fin público, no es relevante para definir qué es un contrato público. La propia Directiva 2014/24/UE lo señala expresamente en su art. 1.2.

La concurrencia de los elementos descritos determina la existencia de un contrato público. Cuando se está ante relaciones público-privadas no suele haber problemas para aplicarlos, sin perjuicio de algunos casos excepcionales (como los convenios de colaboración con entidades sin ánimo de lucro, por ejemplo). En esos casos se atiende a un concepto de contrato tendencialmente compatible con las tradiciones nacionales de los Estados miembros. Sin embargo, cuando se trata de relaciones público-públicas surgen numerosos problemas. *El concepto de contrato público utilizado por el derecho europeo se ha expandido de tal manera que penetra en ámbitos de los derechos nacionales que no se explicaban en clave contractual*. De acuerdo con el Considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE, el hecho de que las dos partes de una relación jurídica sean poderes públicos no excluye automáticamente la aplicación de las reglas de contratos públicos. La jurisprudencia del TJUE ya había consolidado este criterio, así como otros instrumentos europeos de *soft law*[40]. Sin embargo, es lógico que se deje un margen

37 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 975. Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, C-119/06, EU:C:2007:729; Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817.

38 Sentencia *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,* C-451/08, EU:C:2010:168.

39 Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817.

40 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-84/03, EU:C:2005:14; y *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa*

amplio para la articulación de relaciones administrativas y para el ejercicio de la potestad de autoorganización de las Administraciones de los Estados miembros. Se produce, de este modo, un punto de contacto claro entre el derecho de los contratos públicos y el derecho de la organización administrativa.

En la práctica, una de las consecuencias de la ampliación del concepto de contrato público es que el derecho europeo empuja indirectamente al mercado a las Administraciones nacionales. En la medida en que extiende el concepto de contrato a las fórmulas de organización interna de la Administración y somete a estas últimas a un severo test de compatibilidad con el mercado interior, *la Administración solo puede dejar los contratos «en casa» cuando se cumplan las exigencias que al efecto establece el derecho europeo*. En el resto de casos, está obligada a acudir al mercado. Esta conclusión se ve reforzada, además, por el hecho de que las excepciones a la aplicación del derecho de los contratos públicos se hayan construido en origen a través de la jurisprudencia del TJUE. La determinación *ad casum* y, por definición, incompleta, de estas excepciones, han generado la suficiente inseguridad jurídica como para constituir un incentivo para acudir al mercado y evitar posibles violaciones del derecho de la UE. El propio legislador europeo reconoce esa situación de inseguridad jurídica y los problemas derivados de las divergencias en la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, tanto por los Estados miembros como por los distintos poderes adjudicadores[41]. Estos factores se suman, además, al auge de visiones procompetitivas de la contratación pública que consideran que una prestación de servicios por el mercado es más eficiente que la llevada a cabo en el seno de la Administración.

Para paliar los efectos negativos derivados de la expansión del concepto de contrato público a las relaciones público-públicas, *la Directiva 2014/24/UE ha ampliado las exclusiones de su ámbito de aplicación para este tipo de supuestos de contratos y colaboración público-pública*. Asimismo ha densificado la regulación que ya existía o que se había definido progresivamente por la jurisprudencia del TJUE en este tipo de situaciones. El problema fundamental radica en que la nueva regulación no establece un criterio claro sobre qué define una relación de tipo contractual, más allá de los requisitos señalados de tipo subjetivo, objetivo, teleológico y formal que se han apuntado[42]. Y, como se argumentará a

de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final], p. 3.

41 DÍEZ SASTRE, S.: «Formas y...», cit., p. 69. Considerando 31 Directiva 2014/24/UE; Considerando. 45 Directiva 2014/23/UE; Considerando. 38 Directiva 2014/25/UE.

42 Al respecto, el análisis en detalle de la evolución del concepto de contrato público en las diferentes Directivas europeas en SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones de colaboración

continuación, la clave no está en el objeto de la prestación a realizar en común, sino en la concurrencia de una serie de circunstancias que, en última instancia, sitúan la barrera que separa las actuaciones de interés público de las actividades de mercado.

2. Las exclusiones del ámbito de aplicación: contratos y colaboración público-pública

Una parte importante de las novedades introducidas por la Directiva 2014/24/UE se refiere a las exclusiones de su ámbito de aplicación. De todas las exclusiones que prevé la Directiva, ahora importan las nuevas exclusiones que no se refieren al objeto del contrato (servicios, suministros, obras, concesiones) o al ámbito en el que se desarrollan –por ejemplo, la organización de los sistemas de seguridad social (art. 1.5 Directiva 2014/24/UE)–, sino que se apoyan en que *no hay contrato público o que, habiéndolo, se está dentro del ámbito de la organización y colaboración administrativas*. Estas exclusiones se recogen en los arts. 1.6 y 12 Directiva 2014/24/UE y se refieren a supuestos en que se lleva a cabo una colaboración entre entidades del sector público. No hay, por tanto, un operador económico privado involucrado en este tipo de contratos. Conforme a la lógica subyacente en la regulación de las exclusiones pueden hacerse dos grupos de casos: por un lado, las exclusiones que dejan cierto margen a la potestad de autoorganización de la Administración de los Estados miembros; y, por otro lado, las que están orientadas a delimitar la frontera entre las relaciones intersubjetivas puramente administrativas y los contratos públicos.

A. Capacidad de autoorganización de la Administración: los medios propios

a) *Adjudicación descendente*

El primer grupo de exclusiones se centra en la relación existente entre el poder adjudicador y la entidad a la que se encomienda la realización de la prestación que es objeto del contrato –si la encomienda se realiza a un órgano administrativo no se da la alteridad propia de una posible relación contractual, por lo que ese supuesto queda al margen de las preocupaciones del Derecho europeo de los contratos[43]–. Esta exclusión se refiere a los denominados «medios propios»,

entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 38 (2015), pp. 5-8.

43 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 947.

contratos domésticos, contratos internos o de autoprovisión o contratos *in-house providing*. En estos casos se parte de que existen contratos públicos que, en principio, estarían dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. El hecho de que un poder adjudicador contrate con otra entidad del sector público, que puede ser considerada a su vez poder adjudicador, no implica automáticamente una exclusión de las reglas europeas de contratación pública[44]. Sin embargo, este tipo de contratos se excluyen del ámbito de aplicación de las Directivas, constituyendo una excepción. *La razón para esta exclusión consiste en dejar un cierto margen de autoorganización a las Administraciones públicas*[45]. Podría decirse que sobre estas actuaciones recae la sospecha del derecho europeo. Se considera que a través de su potestad de autoorganización los poderes adjudicadores pueden pretender sustraerse a las reglas de licitación en el mercado de los contratos públicos. Por esa razón, la jurisprudencia del TJUE y el legislador europeo se preocupan de fijar con detalle las condiciones en las que, a pesar de existir un contrato público, no se aplican las normas de contratación pública. De esta forma se permite que los poderes adjudicadores tengan un margen para decidir si quieren actuar a través de recursos externos o acudir a su propia organización para cumplir con sus obligaciones[46].

La exclusión de este tipo de «contratos públicos» se produjo a partir de la denominada jurisprudencia Teckal, que fijó los requisitos que han de concurrir en esos casos[47]. En concreto, *la entidad adjudicataria no debe tener capital privado y debe depender económica y organizativamente del poder adjudicador*. Estas condiciones prueban que, aunque aparentemente el poder adjudicador contrata con una entidad independiente, en realidad no lo es y forma parte de su organización[48]. Con estas bases, el legislador positivizó la exclusión de los denominados «medios propios» en las Directivas. El art. 12.1 Directiva 2014/24/UE recoge esta exclusión en su modalidad tradicional, pero introduce algunas precisiones

44 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 7.

45 VILALTA REIXACH, M.: «Los llamados...», cit., p. 945; GIMENO FELIÚ, J.Mª: «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local», *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (2013), pp. 45 ss.

46 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Enegieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5.

47 Sentencia *Teckal Srl y Comune di Viano y otro*, C-107/98, U:C:1999:562.

48 *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, p. 7.

y aclaraciones que se habían ido decantando a través de la jurisprudencia del TJUE. Así, conforme a la nueva regulación, un contrato que adjudica un poder adjudicador a otra persona jurídica de derecho público o privado se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva cuando concurren los siguientes requisitos de forma cumulativa:

a) El poder adjudicador *ejerce sobre la entidad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios*. Este control exige que el poder adjudicador tenga una influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas de la persona jurídica controlada. Y es posible que ese control se ejerza por el poder adjudicador de forma directa o a través de una persona jurídica que, a su vez, esté bajo un control de este tipo.

b) La entidad *realiza más del 80 % de su actividad para el poder adjudicador* o para personas que están controladas a su vez por el poder adjudicador.

c) *En la entidad no hay participación directa de capital privado*, salvo formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que se impongan por las legislaciones nacionales de conformidad con los Tratados, siempre que no se ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada. En este sentido, hay que tener en cuenta que el TJUE entendía que la incorporación de participación privada a una entidad supone darle ventaja sobre las demás. Además, introduce intereses privados que son incompatibles con la existencia de un «control análogo»[49]. Así que cualquier participación privada, incluso a través de una sociedad mixta, implica que es obligatorio aplicar las reglas de contratación pública[50].

Como puede observarse, los requisitos exigidos para considerar que una entidad es parte de la organización interna de un poder adjudicador o un medio propio, no coinciden con los que se establecen para entender que una entidad es organismo de derecho público. Por esa razón, *hay que tener en cuenta que la aplicación de la exclusión de este tipo de contratos públicos no tiene ningún efecto sobre el posible deber de la entidad controlada por el poder adjudicador de aplicar las normas de contratos públicos para relacionarse con terceros*. Si es poder adjudicador deberá sujetarse a esas reglas.

En la legislación española la exclusión de los encargos a medios propios o servicios técnicos se establece en el art. 4.1.n) TRLCSP. Las características que

49 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Enegieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5.

50 Sentencia *Jean Aroux y otros y Commune de Roanne*, C-220/05, EU:C:2007:31.

debe reunir una entidad para ser considerada medio propio se prevén en el art. 24.6 TRLCSP, conforme a las exigencias europeas. Además, *la legislación española obliga que la norma creadora de estas entidades o sus estatutos prevean expresamente su condición de medio propio respecto a ciertas entidades*. Asimismo, exige que se precise el régimen de las encomiendas que se les pueden conferir o las condiciones en que se les pueden adjudicar contratos. Y que establezca la prohibición de que participen en las licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios. La regulación de la LRJSP ha completado estas precisiones para la Administración General del Estado. El art. 86 LRJSP añade más requisitos a los previstos por la legislación contractual para los medios propios. En primer lugar, la entidad debe disponer de medios suficientes e idóneos para realizar prestaciones en el sector de actividad que se corresponda con su objeto social, de acuerdo con su norma o acuerdo de creación. Y, además, debe cumplir alguno de los dos requisitos siguientes:

a) Ser una opción más eficiente que la contratación pública, que resulta sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica.

b) Resultar necesario por razones de seguridad pública o de urgencia en la necesidad de disponer de los bienes o servicios suministrados por el medio propio o servicio técnico.

El legislador introduce, así, una clara *preferencia a favor del recurso a la contratación pública*, limitando la capacidad de autoorganización de la Administración General del Estado. No obstante, hay que tener en cuenta que no se limita la capacidad de subcontratación de estas entidades, lo que puede suponer una vía de escape indirecta a las reglas de contratación pública que debería aplicar la Administración matriz[51].

b) *Adjudicación ascendente y horizontal*

El reconocimiento de una exclusión de las reglas de contratos públicos en los supuestos en que un poder adjudicador encomienda una tarea a una entidad interna o medio propio, abrió pronto la pregunta en torno a la exclusión de figuras equiparables. Así, por ejemplo, *se planteó la duda en torno a la exclusión de una adjudicación ascendente de contrato*: esto es, la entidad controlada adjudica el contrato al poder adjudicador. Y también se planteó si se excluirían *las adjudicaciones de contratos horizontales, entre entidades «hermanas»*, esto es, depen-

51 En sentido favorable a la limitación del recurso a los medios propios, GALLEGO CÓRCOLES, MªI.: «Nuevos desarrollos de la contratación *in house* en el Derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», *Observatorio de Contratos Públicos 2015* (2016), p. 210 y ss.

dientes del mismo ente matriz o de los mismos poderes adjudicadores[52]. Para dar respuesta a estas cuestiones, la Directiva 2014/24/UE considera que en estos casos se celebran contratos públicos, pero los excluye expresamente de su ámbito de aplicación si concurren ciertas circunstancias.

Conforme al art. 12.2 Directiva 2014/24/UE una persona jurídica controlada por un poder adjudicador –esto es, un medio propio– puede adjudicar un contrato al poder adjudicador que la controla o a otra persona jurídica controlada por el mismo poder adjudicador cuando se satisfaga una única condición: que no exista participación directa de capital privado en la persona a la que se adjudica el contrato, salvo formas de participación de capital privado sin capacidad de control mayoritario ni minoritario que se impongan por las legislaciones nacionales de conformidad con los Tratados, siempre que no se ejerza una influencia decisiva sobre la entidad controlada. Puede comprobarse cómo en este caso *el criterio decisivo para la exclusión no pivota en torno a la existencia de control de la entidad adjudicadora sobre la adjudicataria*. Parece centrarse en la idea de que existe un vínculo entre las entidades afectadas que les hace formar parte *de facto* de la misma organización administrativa. Por esa razón, parece que no cabría un encargo de una entidad a otra entidad, si esta segunda estuviera controlada por el poder adjudicador de forma conjunta con otros poderes adjudicadores[53], o si no tuviera un control análogo al de sus propios servicios tanto sobre la entidad adjudicadora como sobre la adjudicataria[54].

c) *Encargos a medios propios y encomienda de gestión*

El análisis de la exclusión de los medios propios exige una referencia a su impacto en el derecho español, en concreto, a la relación que tiene con la encomienda de gestión. De acuerdo con esta técnica administrativa, un órgano administrativo o una entidad pública puede encomendar la realización de actividades de carácter material o técnico de su competencia a otros órganos o entidades de derecho público de la misma o de distinta Administración, siempre que se justifique por razones de eficacia o porque no dispongan de los medios técnicos idóneos para su desempeño (art. 11.1 LRJSP). No se trata de una técnica de traslación competencial, sino de una forma de colaboración en el seno

52 Estas preguntas se plantean en estos términos en el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final],* p. 13.

53 En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, MªI.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 207.

54 Al respecto, Sentencia *Technische Universität Hamburg-Harburg y Hochschul-Informations-System GmbH contra Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, C-15/13, EU:C:2014:303.

de las Administraciones públicas. El órgano encomendante conserva la competencia y la responsabilidad de dictar los actos jurídicos vinculados con la actividad encomendada (art. 11.2 LRJSP). Con estos perfiles, puede entenderse que *la encomienda de gestión converge con los encargos a medios propios*. Es más, puede llegar a considerarse que, bajo ciertas circunstancias, constituye un tipo de contrato público que debe encajarse en la regulación de la legislación contractual[55].

En esta situación, la LRJSP ha regulado la encomienda de gestión para evitar la confusión con los encargos a medios propios. Al igual que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), la LRJSP ha limitado la utilización de esta técnica entre órganos administrativos y entidades de derecho público. El art. 15.1 LRJPAC preveía la encomienda a otros órganos y entidades de la misma u otra Administración. Y señalaba que esta técnica no tenía cabida si la encomienda se dirigía a una persona de derecho privado. En esos casos debía aplicarse la legislación de contratos (art. 15.5 LRJPAC). La nueva regulación mantiene esta limitación. La encomienda de gestión solo puede realizarse a un órgano administrativo o una entidad de derecho público. No cabe la posibilidad de que el ente encomendado tenga naturaleza jurídico-privada. De este modo pretenden evitarse posibles vulneraciones de la normativa de contratación pública, que son más probables cuando la encomienda se realiza a una entidad privada que puede tener capital privado u operar en el mercado en competencia con los particulares. En esos supuestos solo se podrá excluir la aplicación de las reglas de contratos públicos si concurren los requisitos de los encargos *in-house*[56]. La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión, señalando que no cabe una encomienda a una entidad de derecho privado aunque esta tenga la consideración de medio propio de un poder adjudicador[57]. Se trata, por tanto, de figuras separadas que se rigen por normas distintas.

Además, para evitar una utilización fraudulenta de la encomienda de gestión, el art. 11.1 *in fine* LRJSP prohíbe que las encomiendas de gestión tengan al-

55 En este sentido, VILALTA REIXACH, M.: *La encomienda...*, cit., pp. 311 y ss.

56 MORENO MOLINA, Á.M.: «Artículo 15. Encomienda de gestión», en Miguel Sánchez Moron y Nicolás Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova, Valladolid, (2013), p. 139.

57 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, núm. 3095, de 1 de julio de 2015 [en línea]. *ROJ: STS 3095/2015*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=7437052&links=%223012%2F2013%22&optimize=20150717&publicinterface=true

guno de los objetos previstos en la legislación de contratos[58]. Como se verá más adelante, al hablar de las relaciones intersubjetivas de carácter horizontal o no institucionalizado, hay que tener en cuenta que *el derecho europeo no prohíbe que existan colaboraciones o contratos público-públicos con los objetos de las Directivas de contratos*. Le preocupa, sin embargo, que existan relaciones de naturaleza contractual que puedan excluirse de forma fraudulenta de la legislación de contratos. El legislador español ha optado, sin embargo, por realizar una exclusión apoyada en el criterio del objeto de la colaboración. Con esta decisión, a mi juicio, ha ido más allá de las exigencias que, en principio, le imponen la jurisprudencia y legislación europeas.

B. **Relaciones intersubjetivas**

Junto a las exclusiones que respetan un margen de autoorganización administrativa, hay *otro grupo de exclusiones que se refieren a la articulación de relaciones de colaboración administrativa entre distintos poderes adjudicadores que no forman parte de la misma organización*. Se refieren, por tanto, a las figuras del derecho nacional que articulan las delegaciones, convenios de colaboración, etc. Dentro de la doctrina del TJUE y la actual regulación de la Directiva 2014/24/UE pueden identificarse dos tipos de exclusiones: las que se refieren a las relaciones horizontales o no institucionalizadas, esto es, las relaciones en las que no se crea ninguna entidad nueva o se designa a una ya existente para realizar las actividades; y las que afectan a relaciones verticales o institucionalizadas, en las que varios poderes adjudicadores supervisan la actuación de una tercera entidad a la que se encomienda la realización de una tarea[59].

a) ***Relaciones horizontales o no institucionalizadas***

El derecho europeo asume que los poderes adjudicadores han de tener cierta libertad para ejercer sus competencias y prestar los servicios que tengan atribuidos legalmente. En este sentido, una prestación de servicios mediante sus propios medios u organización queda fuera del ámbito de aplicación de las normas europeas. Al mismo tiempo se entiende que *debe quedar cierto espacio para la colaboración entre poderes adjudicadores, con la finalidad, por ejemplo, de prestarse ayuda mutua*. En esos casos, en la medida en que caben contratos públicos entre

58 GALLEGO CÓRCOLES, Mª I.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 181.

59 Utilizo en este punto la terminología empleada por el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, pp. 6 y ss., y 13 y ss.

poderes adjudicadores, el problema está en distinguir una verdadera cooperación de la celebración de un contrato público[60]. La jurisprudencia del TJUE ha determinado progresivamente los requisitos que deben concurrir para excluir las relaciones horizontales entre poderes adjudicadores:

a) En primer lugar, *los entes colaboradores deben ser totalmente públicos*. No cabe ninguna forma de participación privada[61]. Además, no deben tener vocación de mercado. Esto significa que si las entidades públicas son operadores económicos, deben tener una actividad en el mercado meramente residual[62].

b) El objeto de la colaboración ha de ser *una misión de interés público que sea común a las entidades involucradas*[63]. Tiene que haber un verdadero elemento cooperativo, sin perjuicio de que las partes puedan distribuirse de forma desigual las distintas tareas que deban realizarse por razones de división de tareas o de especialización. La clave está en la existencia de un objetivo compartido y de obligaciones recíprocas. Esto diferencia a la cooperación de un contrato, en el que una de las partes realiza la prestación para otra a cambio de una retribución[64].

c) En ese sentido, hay que tener en cuenta *que la finalidad ha de ser de interés público y no comercial*. Y no puede tener como resultado favorecer a un operador económico privado frente a los demás[65]. De modo que, la cooperación no puede tener como objeto desarrollar actividades de mercado de carácter comercial con ánimo de lucro.

d) Además, *solo caben transferencias económicas orientadas al reembolso de los costes reales de la ejecución de la actividad pactada*. Esto no significa, sin

60 *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final],* p. 14.

61 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357.

62 Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

63 Sentencia *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y Kreis Düren*, C-368/11, EU:C:2013:385.

64 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 10. Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-275/08, EU:C:2009:632.

65 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817.

embargo, que se excluya automáticamente la existencia de un contrato público cuando solo se reembolsan los costes de ejecución[66].

e) Por último, podría añadirse como requisito que *la actuación no debe tener por finalidad sustraerse a la aplicación de las reglas de contratación pública*[67].

Con el fin de formalizar la aplicación de esos requisitos, la Directiva 2014/24/UE ha introducido expresamente algunas exclusiones para este tipo de casos. En concreto, hay una primera exclusión de supuestos en los que se entiende que no hay contrato público porque simplemente se llevan a cabo actuaciones de organización interna de las Administraciones públicas para el ejercicio de sus competencias. Junto a ella, hay una segunda exclusión que se refiere a supuestos en los que existe una relación meramente administrativa entre las entidades involucradas. Por último se prevé otra exclusión que comprende una serie de supuestos en los que se entiende que hay contrato público, pero se excluye de forma razonada del ámbito de aplicación de la Directiva.

Transferencia de competencias y responsabilidades. El *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]* prevé distintas fórmulas en las que un poder adjudicador puede llevar a cabo sus actividades recurriendo a recursos externos sin someterse a las reglas de contratación pública. El primero de los casos es aquel en que un poder adjudicador cede su competencia a otra autoridad pública. Con base en este precedente, el art. 1.6 de la Directiva señala que los «acuerdos, decisiones y demás instrumentos jurídicos mediante los cuales se organiza la transferencia de competencias y de responsabilidades para desempeñar funciones públicas entre poderes adjudicadores o agrupaciones de los mismos» no se ven afectados por la Directiva. Se consideran asuntos de organización interna de los Estados miembros. En esos casos, *la ubicación sistemática del precepto en la Directiva da a entender que no hay contrato público*. No es un supuesto de contrato público excluido, como los regulados en el art. 12 Directiva 2014/24/UE. De hecho, se trata de un supuesto de cesión de competencias que queda fuera de los títulos habilitantes en materia de contratación pública

66 Sentencia *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817; Sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros y San Lorenzo soc. coop. sociale y otros*, C-113/13, EU:C:2014:2440; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG y Kreis Düren*, C-368/11, EU:C:2013:385.

67 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357.

que emanan del art. 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ligado a la libre prestación de servicios. Son supuestos en los que una entidad se desprende de sus competencias. Por ejemplo, cuando varias entidades crean un consorcio con personalidad jurídica propia y le atribuyen competencias y le dotan de autonomía decisoria y financiera[68]. En el Derecho español se estaría ante una reasignación de competencias –transferencia intersubjetiva o desconcentración interorgánica[69]–. La cesión del mero ejercicio de la competencia –como sucede en el caso de la delegación– no se entendería englobado en este concepto a nivel europeo, puesto que la entidad delegante sigue siendo responsable de las actuaciones que se llevan a cabo y tiene capacidad para dirigir la actuación del delegante[70].

El problema radica en que la Directiva impone una condición añadida para entender que estas actuaciones quedan fuera de su ámbito de aplicación: que no se prevea la existencia de una retribución por la ejecución de un contrato. El problema está entonces en determinar ¿cuándo se está ante una relación contractual o a ante una retribución por la ejecución de un contrato público? Comencemos por analizar la regulación europea. En primer lugar, *el precepto expuesto hace alusión al ejercicio de «funciones públicas»*. No parece que haya que interpretar que el legislador europeo se refiere a funciones que exijan el ejercicio de autoridad, puesto que se trataría de un ámbito muy estrecho de la actividad pública. Es más, conforme a los títulos competenciales de regulación de la Directiva 2014/24/UE y del principio de proporcionalidad, parece que habría que interpretar esa referencia a las *funciones públicas de forma amplia, como el ejercicio de las atribuciones que legalmente correspondan a una entidad pública en su Estado de origen*. Esta exclusión afectaría especialmente a las figuras relacionadas con el ejercicio de las competencias por parte de los poderes adjudicadores.

En segundo lugar, la Directiva establece que *no debe haber retribución por la ejecución de un contrato público*. Esta referencia también plantea dificultades de interpretación. De la dicción literal de la Directiva y de su ubicación sistemática se deduce que no se entiende que haya contrato público. De modo que hay una exclusión total de la aplicación de las normas de contratos públicos. No es-

68 Sentencia *Remondis GmbH & C. KG Region Nord y Region Hannover*, C-51/15, EU:C:2016:985.

69 MORENO MOLINA, Á.M.: «Artículo 12. Competencia», en Miguel Sánchez Moron y Nicolás Maurandi Guillén (dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013, p. 111.

70 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Francesa*, C-264/03, EU:C:2005:620. Al respecto, el *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, p. 20.

tán afectados por estas normas porque son decisiones orientadas al ejercicio de funciones públicas que quedan en el ámbito de la organización interna de los Estados miembros. Sin embargo, el legislador europeo menciona este tipo de actuaciones, arrojando inmediatamente la sospecha sobre su posible carácter de contratos públicos. La pregunta es entonces: ¿la existencia de cualquier retribución convierte automáticamente esa actuación en un contrato público? Esto llevaría al absurdo de que cualquier pago por la ejecución de cualquier actividad entre poderes adjudicadores es un contrato público si entra dentro de los objetos y cuantías de las Directivas. Y, como se ha visto, la jurisprudencia del TJUE ya admitía que existan reembolsos de los costes reales de la prestación, sin que ello implique inaplicar las reglas de los contratos públicos.

Parece, entonces, que hay que tener en cuenta algunos criterios que ayudan a valorar la situación. En los casos en que la retribución vaya más allá del coste real, porque incluya, por ejemplo, un porcentaje de beneficio industrial, sí se está ante una retribución por la ejecución de un contrato público. Porque *lo que caracteriza a los operadores económicos con ánimo de lucro que actúan en el mercado es que deben obtener algún beneficio por el desempeño de sus actividades*. Y cuando una actuación no tenga asociado el pago de beneficio industrial, pero sí pueda incluir algún beneficio añadido (en forma de beneficio reputacional, de posicionamiento en el mercado, etc.) también puede llegar a considerarse un contrato público. Pero este criterio no es determinante. Asimismo, habría que introducir los criterios decantados en la jurisprudencia y que ayudan a determinar la existencia de verdadera cooperación administrativa o un de una actividad contractual en el mercado: finalidad de interés público, participación de entidades públicas, etc. Un elemento fundamental para valorar estos extremos podría ser analizar el tipo de atribución competencial en el derecho nacional que determine la obligación de las entidades involucradas de participar en la actividad a realizar en común.

Asignación no contractual de tareas a servicios técnicos. Junto a esta exclusión de los supuestos de transferencia de competencias, se prevé otro supuesto, que tiene un carácter especialmente problemático. Se trata de aquellos casos en los que se produce una asignación no contractual de tareas[71]. Este supuesto se apoya en el caso Tragsa[72]. En esta sentencia el TJUE admitió que se excluyera la apli-

71 *Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión relativo a la aplicación de la normativa de contratación pública de la Unión Europea a las relaciones entre poderes adjudicadores, de 4 de octubre de 2011, [SEC(2011) 1169 final]*, pp. 19 y ss.

72 Sentencia *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/Transformación Agraria SA (Tragsa) y Administración del Estado*, C-295/05, EU:C:2007:227.

cación de la legislación contractual sin comprobar la concurrencia de los requisitos fijados previamente en la jurisprudencia Teckal para los «medios propios». Desde su punto de vista la relación de Tragsa con las Comunidades Autónomas no es de tipo contractual en la medida en que esta entidad tiene una obligación de cumplir con los encargos que le realicen y con las tarifas que le impongan. *Parece, por tanto, que se está ante un supuesto distinto del encargo a medios propios* –esto es, del *in-house providing*–[73]. De hecho, en una sentencia posterior, el Tribunal precisó que, para que concurra esta excepción a la aplicación de las reglas de contractos debe existir un acto administrativo unilateral que imponga obligaciones exclusivamente a cargo de la entidad, apartándose sensiblemente de las condiciones normales de la oferta comercial de la entidad[74]. El supuesto se refería al encargo de un Ministerio a Correos y Telégrafos S.A. de la realización de determinados servicios postales. El Tribunal Supremo consideró que no concurría esta excepción y que debían aplicarse las reglas de contratación pública[75].

Siguiendo esta jurisprudencia, el Considerando 34 Directiva 2014/24/UE consagra esta excepción a la aplicación de las reglas de contratos públicos. Cuando, en virtud de las disposiciones del Derecho nacional, una entidad actúa como un instrumento o servicio técnico de determinados poderes adjudicadores y está obligada a cumplir las instrucciones de estos poderes adjudicadores,

73 De forma crítica con este pronunciamiento, BERNAL BLAY, M.Á.: «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista Española de Derecho Administrativo,* 137 (2008), pp. 115-138; también sobre esta jurisprudencia, GONZÁLEZ GARCÍA, J.V.: «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública,* 172 (2007), pp. 217-237.

74 Sentencia *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia y Administración General del Estado*, C-220/06, EU:C:2007:815.

75 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 1916, de 20 de marzo de 2012, [en línea]. *ROJ: STS 1916/2012*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6330232&links=%22819%2F2009%22&optimize=20120411&publicinterface=true

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 4313, de 8 de junio de 2012, [en línea]. *ROJ: STS 4313/2012*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6422546&links=%224611%2F2008%22&optimize=20120702&publicinterface=true

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 4513, de 15 de junio de 2012, [en línea]. *ROJ: STS 4513/2012*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6430636&links=%225015%2F2008%22&optimize=20120709&publicinterface=true

sin poder ejercer influencia sobre la retribución de su ejecución, se entiende que la relación es meramente administrativa y que carece de naturaleza contractual. Por esa razón queda al margen de la aplicación de las normas de contratación pública. *La relación de la entidad con el poder adjudicador debe articularse verdaderamente a través de actos unilaterales para aplicar la exclusión de la Directiva*. Y parece que podría interpretarse conforme al criterio de que las condiciones de realización de la actividad deben alejarse de las condiciones normales de prestación de la misma en el mercado. Este supuesto se ha criticado por la doctrina por el riesgo que plantea para el cumplimiento de las reglas de contratación pública. Supone introducir una nueva vía de escape de estas reglas, distinta de la existencia de una relación *in-house*. Por ello se promueve una interpretación estricta de los requisitos establecidos y la comprobación en la realidad de su concurrencia[76].

En el Derecho español, cabe pensar que *la relación de las juntas de compensación urbanísticas con las Administraciones municipales podría acogerse a esta excepción*. En estos supuestos existe una delegación de competencias de la Administración municipal hacia la junta. No se trata de una relación contractual, sino de un encargo de funciones públicas establecido por la normativa urbanística. La junta de compensación acepta las condiciones que ha impuesto unilateralmente la Administración municipal en el programa de urbanización[77]. La Administración no obtiene ningún beneficio económico por la actuación de la junta de compensación y el objetivo de la actividad es de puro interés general[78]. Y no puede entenderse que la junta de compensación sea un medio propio de la Administración municipal. De forma que puede constatarse la concurrencia de los requisitos establecidos para la reasignación de tareas que no tiene carácter contractual. Se trata de una relación meramente administrativa.

Contratos público-públicos de cooperación excluidos. Junto a las exclusiones señaladas, el art. 12.4 Directiva 2014/24/UE establece las condiciones que debe reunir un contrato público celebrado por dos o más poderes adjudicadores para quedar excluido de la normativa europea:

a) El contrato debe desarrollar o *establecer una cooperación entre poderes adjudicadores para garantizar la prestación de los servicios públicos* que les

76 En este sentido, GALLEGO CÓRCOLES, MªI.: «Nuevos desarrollos...», cit., p. 203-204.

77 Informe 21/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

78 Sobre esta cuestión, Sentencia *Helmut Müller GbmH y Bundesanstalt für Immobilienaufgaben,* C-451/08, EU:C:2010:168.

incumben con la consecución de objetivos comunes[79]. En este sentido, el Considerando 33 Directiva 2014/24/UE señala que la actividad a desarrollar puede estar relacionada con la ejecución de servicios y responsabilidades que hayan sido asignadas a las entidades o que hayan asumido, ya sean tareas obligatorias o facultativas.

b) El desarrollo de la cooperación debe *estar guiada únicamente por el interés público*. De acuerdo con la jurisprudencia del TJUE la cooperación ha de ser real, todas las partes han de participar de algún modo en la realización de la actividad que es objeto del contrato. Además, debe existir una misión de interés público que sea común a las partes[80]. Y no debe favorecerse a ningún operador privado con respecto a sus competidores[81].

c) Los poderes adjudicadores participantes *deben realizar en el mercado abierto menos del 20% de las actividades objeto de la cooperación*. Este criterio ayuda a confirmar la existencia de interés público. En el caso de que el porcentaje sea mayor, se presume que la actividad es comercial y que existe un contrato público. Para calcular este porcentaje, la Directiva 2014/24/UE ofrece una serie de criterios (art. 12.5). El promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad –como los gastos soportados en relación con la actividad– en los últimos tres ejercicios. Si estos datos no estuvieran disponibles, habría que atender al nivel de actividad que se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.

Además, aunque no se prevea entre el listado de condiciones, el contrato debe estar celebrado exclusivamente por poderes adjudicadores. Esto significa que *no puede haber, en principio, un tercer participante privado de forma autónoma* –salvo algunos casos en los que se celebra un convenio de colaboración con entidades de voluntariado en relación con prestaciones de carácter sanitario o social[82]–. Ahora bien, sí es posible que una entidad sea considerada poder adjudicador teniendo capital privado. Es el caso, por ejemplo, de una sociedad de

79 Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817.

80 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Federal de Alemania*, C-480/06, EU:C:2009:357; Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817.

81 Sentencia *Azienda Sanitaria Local di Lecce y Università del Salento y Ordine degli Ingegnere della Provincia di Lecce y otros,* C-159/11, EU:C:2012:817.

82 Sentencia *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» y otros y San Lorenzo soc. coop. sociale y otros*, C-113/13, EU:C:2014:2440.

economía mixta[83]. De modo que cabría entender que hay participación privada, aunque sea indirecta, en este tipo de contratos públicos, que quedan excluidos de la aplicación de las Directivas.

Por otro lado, hay que llamar la atención sobre la omisión del criterio referido a las transferencias económicas. La jurisprudencia había señalado que solo quedarían excluidas de las normas de contratos públicos aquellas actividades en las que solo se produjera un reembolso de los gastos reales producidos. Sin que, a su vez, pudiera entenderse que la existencia de un mero reembolso de gastos reales excluía la existencia de un contrato público[84]. *Es posible entender que este criterio, aunque no esté expresado en la Directiva, sirve como criterio de análisis de la existencia de una cooperación real orientada al interés público*. Allí donde exista un beneficio industrial es difícil entender que hay verdadera cooperación entre dos partes que está orientada al cumplimiento de objetivos comunes y a la prestación de un servicio público. Al respecto, hay que tener en cuenta que lo relevante para determinar la existencia de una relación contractual es que exista un beneficio económico para el poder adjudicador, no necesariamente para el adjudicatario. En este sentido, la jurisprudencia española ha señalado que la inexistencia de una contraprestación pecuniaria puede ser un indicio del carácter no contractual de un convenio[85].

En el Derecho español, habría que interpretar que los contratos públicos excluidos en el artículo 12.5 Directiva 2014/24/UE son los denominados «convenios de colaboración». De hecho, el TJUE condenó a España por considerar con carácter general que las relaciones jurídicas articuladas en los convenios estaban excluidas de la regulación de contratación pública[86]. En la actualidad, conforme a la jurisprudencia y la nueva regulación de las Directivas, *hay que entender que algunos convenios de colaboración esconden en realidad contratos públicos, mientras que otros no*. De hecho, al regular la exclusión de los convenios interadministrativos en el artículo 4.1 c) TRLCSP se hace alusión a esta situación. Se excluyen los convenios excepto cuando «por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley». Este precepto habría que interpretarlo a la luz de lo expuesto hasta ahora sobre el concepto de contrato público, la na-

83 SANTIAGO IGLESIAS, D.: «Las relaciones...», cit., p. 18.

84 *Idem*.

85 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 6317, de 13 de octubre de 1999, [en línea]. *ROJ: STS 6317/1999*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3027300&links=%227765%2F1995%22&optimize=20031106&publicinterface=true

86 Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y Reino de España*, C-84/03, EU:C:2005:14.

turaleza de las relaciones contractuales y la nueva regulación de la colaboración público-pública no institucionalizada. Ahora bien, el artículo 4.1 d) TRLCSP excluye también los convenios que se celebren con particulares utilizando un criterio distinto. No se refiere a la existencia de naturaleza contractual o no, sino a que el objeto del convenio no esté comprendido en las normas de contratos públicos o en normas administrativas especiales.

La mayor parte de la doctrina ha entendido que la referencia a la naturaleza o al objeto da lugar al mismo resultado[87]. De modo que en la práctica hay que realizar un test sobre el objeto de la colaboración. Si es de tipo contractual hay que aplicar las normas de contratos públicos. Así lo ha hecho también la jurisprudencia contencioso-administrativa al entender, por ejemplo, que un convenio de colaboración para la realización de las actividades educadoras y de formación de menores acogidos a internamiento por medidas judiciales encierra, en realidad, un contrato de gestión de servicios públicos[88]. *Esta interpretación da prioridad al objeto de la prestación que es objeto de la colaboración y limita los supuestos en que puede celebrarse un convenio*. Únicamente será posible el recurso al convenio cuando se ejerciten competencias propias; el objeto no esté regulado en las normas de contratos públicos; la finalidad sea la colaboración administrativa para cumplir fines públicos y la posible transferencia financiera no responda a la ejecución de un contrato[89]. En este mismo sentido puede alinearse a la mayoría de los órganos consultivos de contratación administrativa que se han pronunciado sobre esta cuestión[90].

Ahora bien, como se ha visto anteriormente, el criterio procedente del derecho europeo tiene un mayor grado de sofisticación y responde mejor a la ne-

87 MORENO MOLINA, J.A.: «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 274-275 (2007), p. 63; PASCUAL GARCÍA, J.: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y Convenios con administrados*, Madrid, BOE (2012), pp. 29 ss.

88 Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª, núm. 5491, de 20 de junio de 2011, [en línea]. *ROJ: STS 5491/2011*. Disponible en: http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=6115718&links=%226547%2F2008%22&optimize=20110915&publicinterface=true

89 En este sentido, GIMENO FELIÚ, J. Mª.: El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos. En: *Cuadernos de Derecho Local*, 2010, nº 22, pp. 43-82. ISSN: 1696-0955, p. 57 y VELASCO CABALLERO, Francisco: «Artículo 6. Convenios de colaboración», en *Comentarios a la Ley 30/92*. Valladolid, Lex Nova, 2013, pp. 59-74. ISBN: 978-84-9898-386-9, p. 61.

90 Sirva de ejemplo, el Informe 17/2008, de 21 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

cesaria flexibilidad que debe dejar margen de articulación a las relaciones entre Administraciones públicas. La exclusión de los contratos públicos celebrados entre poderes adjudicadores no se centra en el objeto de la prestación, sino en una serie de factores orientados a determinar si el vínculo establecido tiene o no naturaleza contractual. Lo determinante es la causa del contrato y no su objeto, como ha señalado acertadamente, a mi juicio, la doctrina minoritaria[91]. *La interpretación general de la doctrina que simplifica el criterio de aplicación de las normas de contratación en estos casos, limita de forma injustificada el recurso a los convenios administrativos y a otras formas de colaboración administrativa*. Además, obvia la diferencia que necesariamente ha de surgir de una interpretación literal de los arts. 4.1.c) y d) TRLCSP. Tiene sentido que en el caso de convenios interadministrativos se exija una causa que no tenga naturaleza contractual, que haya una verdadera voluntad de cooperación. En el caso de los convenios con particulares, sin embargo, es perfectamente lógico que se exija celebrar contratos públicos cuando el objeto está regulado en la legislación contractual[92]. Además, hay que tener en cuenta que la regulación de las Directivas europeas solo afecta a determinados contratos. Emplear un criterio expansivo sobre la existencia de un contrato público a nivel nacional no se corresponde con las exigencias europeas y puede producir disfunciones en el ámbito de las relaciones interadministrativas.

La situación, sin embargo, se ha complicado con la aprobación de la LRJSP. En la regulación que contiene la nueva Ley sobre los convenios, pero también de las encomiendas de gestión (art. 11.1 *in fine*), se prohíbe que el objeto esté regulado en la legislación de contratos públicos. Y en el caso de los convenios desaparece la distinción entre los convenios interadministrativos y los celebrados con particulares. *En ninguno de los casos puede tener un objeto previsto en las normas de contratación pública* (art. 47.1 *in fine*). Parece que, una vez más, la falta de rigor en la interpretación de las exigencias europeas y el miedo al incumplimiento, han llevado al legislador a renunciar a su propia tradición jurídica. En este caso, en concreto, se produce una obstaculización desproporcionada de las figuras de colaboración administrativa propias

91 En este sentido, SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Las relaciones...», cit., p. 26, y «Los convenios interadministrativos», en *Tratado de Contratos*, Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), t. XIV. Cizur Menor, Aranzadi, 2014, pp. 902 y ss. ISBN: 978-84-9059-384-4, p. 910; ALMEIDA CERRREDA, Marcos: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas: colaboración, control y conflicto», en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Madrid, Iustel, 2009, pp. 425-460. ISBN: 978-84-9890-067-5, p. 437; PASCUAL GARCÍA, José: *Convenios de...*, cit., p. 43.

92 Al respecto, SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Las relaciones...», cit., p. 27.

del derecho nacional produciendo una clara distorsión en el funcionamiento de la Administración y en las posibilidades de utilización de estos instrumentos jurídicos.

b) *Relaciones verticales o institucionalizadas*

Como se ha señalado anteriormente, es posible que en el marco de una colaboración intersubjetiva varios poderes adjudicadores creen una tercera entidad de forma conjunta para la realización de ciertas actividades. En esos casos, el derecho europeo excluye la aplicación de las reglas de contratos públicos siempre que concurran los requisitos que se han establecido para la autoorganización administrativa, esto es, para los denominados contratos de autoprovisión. La jurisprudencia del TJUE fue la primera en admitir esa exclusión, haciendo una interpretación extensiva de los criterios fijados en el asunto Teckal[93]. *Los requisitos pueden cumplirse de forma conjunta por varios poderes adjudicadores que tienen el control sobre la entidad que realiza la prestación*[94]. De este modo, se permitía la supervivencia de fórmulas clásicas de colaboración interadministrativa que son especialmente importantes en el ámbito local, como las mancomunidades de servicios. Las condiciones que debían cumplirse conforme al TJUE son las siguientes: que no haya capital privado en la entidad, y que dependa organizativa y económicamente de poderes adjudicadores. A continuación se analizan brevemente cada uno de ellos.

Capital público. No puede haber capital privado en la entidad, pues se interpreta que en esos casos no puede existir un verdadero control interno. Los intereses del privado interferirían con los intereses públicos, distorsionándolos[95]. Esto es así, aun cuando se realiza un encargo a una asociación de utilidad pública sin ánimo de lucro en la que participan poderes adjudicadores y, de forma minoritaria, instituciones privadas de solidaridad social que realizan actividades sin ánimo de lucro. *La mera presencia de intereses privados impide que haya un control análogo al de los propios servicios*[96]. Esta circunstancia ha

93 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

94 GIMENO FELIÚ, José María: «La contratación...», cit., p. 63.

95 Sentencia *Stadt Halle RPL Recyclingpark Lochau GMBH y Arbeitsgemeinschaft Termische Restabfall-und Enegieverwertungsanlage*, C-26/03, EU:C:2005:5; Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

96 Sentencia *Centro Hospitalar de Setúbal EPE y otro y Eurest (Portugal)*, C-574/12, EU:C:2014:2004.

de valorarse en el momento de la adjudicación del contrato[97]. Por esa razón, si posteriormente se incorporara un socio privado con cualquier tipo de participación, tendría lugar un cambio de una condición fundamental del contrato que exigiría la apertura de una nueva licitación[98]. Ahora bien, la condición pública de todo el capital de la entidad no garantiza en sí misma la existencia de una exclusión de las reglas de contratación pública. Es necesario que exista dependencia real de los poderes adjudicadores, ya que es posible que se cree una entidad para que opere con ánimo de lucro y de forma independiente en el mercado[99].

Dependencia organizativa. El control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios puede desarrollarse de forma conjunta por varios poderes adjudicadores[100]. El control que deben realizar puede ejercerse de forma directa o indirecta, a través de organismos de Derecho público o privado, pero debe garantizar la posibilidad de influencia determinante sobre los objetivos estratégicos y las decisiones importantes[101]. Además, no es relevante el modo interno de toma de decisiones en la entidad. En un primer momento el TJUE estableció que una participación minoritaria impedía entender que se daba un control análogo[102]. Posteriormente, asume que a pesar de que un poder adjudicador sea socio minoritario, puede llegar a entenderse que ejerce un control conjunto junto a los demás poderes adjudicadores a efectos de entender que se cumple este requisito. Aunque el TJUE ha señalado que 0,97% es una participación que no permite controlar a un concesionario, lo hizo en un asunto en el que no se trataba de analizar un control conjunto entre varios poderes adjudicadores[103]. Lo

97 Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532; Sentencia *Comisión de las Comunidades Europeas y República Italiana*, C-371/05, EU:C:2008:410.

98 Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

99 Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, EU:C:2005:605.

100 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

101 Sentencia *Parking Brixen GmbH y Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG,* C-458/03, EU:C:2005:605. Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

102 Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de´ Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487.

103 Sentencia *Consorzio Aziende Metano (Coname) y Comune die Cingia de´ Botti*, C-231/03, EU:C:2005:487; Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

importante es que las entidades tengan participación en el capital de la entidad y en sus órganos de dirección[104]. Además, *el control ejercido debe ser suficientemente amplio y ha de ser efectivo, aunque no se ejerza individualmente*. Esto significa que hay que atender a la regulación nacional del tipo de entidad controlada. Así, por ejemplo, el control que atribuye el derecho de sociedades a cualquier socio, o el control ejercido a través de una sociedad *holding* pueden no ser bastante a efectos de cumplir con el requisito de control análogo[105]. Asimismo, hay que analizar cuáles son las facultades del órgano rector en el que participan los poderes adjudicadores. La facultad de fijar tarifas puede considerarse una muestra de influencia determinante[106].

Dependencia económica. La entidad controlada ha de realizar la parte esencial de sus actividades para los poderes adjudicadores de los que depende. Solo puede llevar a cabo una actividad marginal en el mercado[107]. De este modo se garantiza que una entidad que opera como un particular más en el mercado, no se vea beneficiada por la adjudicación directa de contratos públicos, lo que distorsionaría la competencia. En este sentido, aunque cuando concurran todos los requisitos de control organizativo y económico, hay que tener en cuenta que la entidad puede lograr autonomía y una vocación de mercado que la aleje del control de los poderes adjudicadores. Para comprobar este extremo hay que atender al ámbito geográfico en el que presta sus servicios, a las relaciones que mantiene con operadores económicos privados, a la gama de actividades que realiza y a la misión establecida en sus estatutos[108].

Con base en los criterios jurisprudenciales expuestos, *la Directiva 2014/24/UE ha positivizado la exclusión de este tipo específico de contratos públicos entre poderes adjudicadores* en el artículo 12.3. Conforme a este precepto, cuando un poder adjudicador no cumple con el requisito de control análogo respecto a una entidad, cabe excluir la aplicación de las reglas de contratos públicos cuando se dan de forma conjunta los siguientes requisitos:

104 Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

105 Sentencia *Carbotermo SpA y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA*, C-340/04, EU:C:2006:308.

106 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621.

107 Sentencia *Carbotermo SpA y Consorzio Alisei contra Comune di Busto Arsizio y AGESP SpA*, C-340/04, EU:C:2006:308.

108 Sentencia *Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle y Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, EU:C:2008:621; Sentencia *Sea Srl y Comune di Ponte Nossa*, C-573/07, EU:C:2009:532.

a) El *control análogo al que se ejerce sobre los propios servicios, se ejerce conjuntamente con otros poderes adjudicadores*. Para que concurra este control es necesario que se den a su vez una serie de condiciones:

- Los órganos decisorios de la persona controlada han de estar formados por representantes de todos los poderes adjudicadores participantes. Cada representante puede representar a varios poderes adjudicadores o a su totalidad.
- Los poderes adjudicadores han de poder ejercer conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y las decisiones significativas de la persona jurídica controlada. En este sentido, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia exige que haya un verdadero control conjunto y que el control no se realice exclusivamente por el poder adjudicador que tenga una participación mayoritaria[109].
- La persona jurídica controlada no puede perseguir intereses contrarios a los de los poderes adjudicadores que la controlan. En este sentido, se añade que no debería perseguir ánimo de lucro y que las retribuciones por los encargos no deberían tener más finalidad que reembolsar los costes reales del ejercicio de la actividad[110].

b) *Más del 80 % de la actividad de la entidad se realiza para los poderes adjudicadores que la controlan* o para personas jurídicas controladas también por los mismos poderes adjudicadores. En ese sentido, hay que tener en cuenta la actividad que desarrollaba la entidad adjudicataria para las entidades adjudicadoras antes de que el control conjunto se hiciera efectivo[111].

c) *La entidad a la que se adjudica el contrato no tiene participación directa de capital privado*, con excepción de supuestos de participación de capital privado que no supongan un control o una posibilidad de bloqueo y que vengan impuestas por las disposiciones del Derecho nacional, de conformidad con los Tratados, y que no supongan el ejercicio de una influencia decisiva sobre la persona jurídica controlada.

Esta nueva regulación debe interpretarse de acuerdo con los criterios de la jurisprudencia del TJUE que se han expuesto con anterioridad.

109 En este sentido, Sentencia *Econord SpA contra Comune di Cagno y Comune di Varese y otros*, C-182/11 y C-183/11, EU:C:2012:758.

110 GALLEGO CÓRCOLES, María Isabel: «Nuevos desarrollos...», cit., pp. 193 y ss.

111 Sentencia *Undis Servizi Srl y Comune di Salmona*, C-553/15, EU:C:2016:935.

V. **BIBLIOGRAFÍA**

ALMEIDA CERRREDA, Marcos: «Las relaciones entre las Administraciones Públicas: colaboración, control y conflicto», en, Tomás Cano Campos (dir.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2009.

BEL I QUERALT, Germá / ESTRUCH MANJÓN, Alejandro: «La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos locales y qué efectos tiene la privatización?», *Anuario de Derecho Municipal*, 5 (2012).

BERNAL BLAY, Miguel Ángel: «Un paso en falso en la interpretación del criterio del control análogo al de los propios servicios en las relaciones in house. Comentario de urgencia a la STJUE de 19 de abril de 2007 (as. c-295/05, Asemfo vs. Tragsa)», *Revista Española de Derecho Administrativo,* 137 (2008).

CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «La nueva ley de contratos del sector público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas», *Revista Vasca de Administración Pública,* 79 (2007).

DÍEZ SASTRE, Silvia: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

- «Formas y estructuras organizativas de la Administración de los contratos públicos en el mercado interior europeo», *Observatorio de los Contratos Públicos 2014* (2015).

ESTEVAN DE QUESADA, Carmen: «Competition and Transparency in public procurement markets», *Public Procurement Law Review*, 5 (2014).

GALLEGO CÓRCOLES, María Isabel: «Nuevos desarrollos de la contratación "in house" en el Derecho español: los encargos a medios propios y servicios técnicos», *Observatorio de Contratos Públicos 2015* (2016).

GIMENO FELIÚ, José María: «El nuevo ámbito subjetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público: luces y sombras», *Revista de Administración Pública*, 176 (2008).

- «El ámbito objetivo de aplicación de la LCSP. Tipología contractual y negocios jurídicos excluidos», *Cuadernos de Derecho Local*, 22 (2010).
- «La contratación conjunta y las fórmulas de cooperación como mecanismo de gestión eficiente de la organización en el modelo local», *Observatorio de los Contratos Públicos 2012* (2013).

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V.: «Medios propios de la Administración, colaboración interadministrativa y sometimiento a la normativa comunitaria de contratación», *Revista de Administración Pública,* 173 (2007).

MORENO MOLINA, Ángel Manuel: «Artículo 12. Competencia», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

- «Artículo 15. Encomienda de gestión», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

MORENO MOLINA, José Antonio: «El ámbito objetivo de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa*, 274-275 (2007).

PASCUAL GARCÍA, José: *Convenios de colaboración entre Administraciones Públicas y Convenios con administrados*, BOE, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ GRAELLS, Albert: «Competition and the Public Buyer Towards a More Competition-oriented Procurement: The Principle of Competition Embedded in EC Public Procurement Directives». Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=1928724, (2009).

- *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Oregon, (2011).

SANTIAGO IGLESIAS, Diana: «Los convenios interadministrativos», en Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), *Tratado de Contratos*, t. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

- «Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español», *Revista General de Derecho Administrativo*, 38 (2015).

VELASCO CABALLERO: Francisco: «Artículo 6. Convenios de colaboración», en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel / MAURANDI GUILLÉN, Nicolás (dirs.): *Comentarios a la Ley 30/92*, Valladolid, Lex Nova, 2013.

VILALTA REIXACH, Marc: *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*, Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2012.

- «Los llamados contratos de auto-provisión (o «contratos *in-house providing*»)», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano (dir.): *Tratado de Contratos*, t. XIV, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

La división en lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE

Gonzalo Castro Marquina

RESUMEN

El objeto del presente análisis es realizar un examen crítico y comparativo del marco jurídico, pasado y presente, español y europeo, de la licitación por los lotes, así como la exploración de soluciones ante los retos derivados de las nuevas reglas del artículo 46 de la Directiva 2014/24/UE, que propugnan la división en lotes como el nuevo paradigma de la contratación.

Palabras clave: fraccionamiento, división en lotes, apoyo a las PYMES, corrupción, oferta integradora, contratación pública estratégica, procedimiento negociado, contrato menor

ABSTRACT

The purpose of this analysis is to make a critical and comparative exam of the past, present and future of the Spanish and European legal framework about bidding for the lots, as well as exploring solutions to the challenges of the new rules of article 46 of the Directive 2014/24/EU, implying a division in the batch as the new paradigm of public procurement.

Key words: division, division of contracts into lots, SMEs support, corruption, inclusive offer, strategic public procurement, procedure with negotiation, small contract.

SUMARIO

I. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE. **1.** Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente. **2.** La división en lotes como potestad administrativa discrecional

II. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP. **1.** Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe. **2.** El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor. **III.** EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIONES POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. **1.** El marco en el que se insertan las novedades de la directiva 2014/24/UE. **2.** La regulación de los lotes en la directiva 2014/24/UE y en el proyecto de la nueva ley de contratos del sector público. **IV.** CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL. **V.** BIBLIOGRAFÍA.

I. LA SITUACIÓN DE LA DIVISIÓN EN LOTES ANTES DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE

1. Fraude de ley, elementos del contrato y justificación en el expediente

Dice el Libro de Eclesiastés, en el Antiguo Testamento, que «Lo que fue, eso será, y lo que se hizo, eso se hará; no hay nada nuevo bajo el sol. ¿Hay algo de que se pueda decir: Mira, esto es nuevo? Ya existía en los siglos que nos precedieron». Aunque personalmente soy más partidario de la línea de pensamiento planteada por Heráclito, resulta indudable que ciertas realidades poseen una dimensión atemporal. Entre ellas figura la picaresca, casi tan antigua como el ser humano. Por eso mismo, el todavía vigente art. 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) no supone especial novedad en la historia legislativa española. No hablamos simplemente de que ya se regulara el fraccionamiento en términos semejantes a los actuales en la Ley de Contratos del Sector Público (art. 74), en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública (art. 68), o en la Ley de Contratos de la Administración Pública (art. 69). Su presencia en el Derecho español cuenta con precedentes muy anteriores[1].

Así, el último párrafo del art. 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900 declaraba que «por ningún concepto las Corporaciones podrán dividir la materia en parte o grupos, con el fin de que la cuantía no llegue a la precisa para la celebración de una subasta o concurso, cuando se trate de una misma clase y de obras para un mismo servicio». No dista tanto del enunciado actual del art. 86.2 cuando prohíbe fraccionar un contrato «con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al proce-

1 Véase, CARBONERO GALLARDO, J.M. (2010: 99 y ss).

dimiento de adjudicación que correspondan». También el Real Decreto de 2 de julio de 1924, por el que se aprobó el Reglamento para la contratación de obras y servicios a cargo de las entidades municipales, en su art. 3 reprodujo la regla previamente establecida en el art. 2 del Real Decreto de 26 de abril de 1900. Ciertamente, la cita bíblica queda confirmada en este caso, pues ya existía en el siglo precedente, *mutatis mutandi*, una cláusula de cautela de estilo similar a la establecida en el art. 86.2 del TRLCSP.

Empero, no todos los «trucos» del repertorio son viejos conocidos. El apdo. 3 del art. 86 del TRLCSP incorporó una medida nueva, prevista igualmente en el art. 9 de la Directiva 2004/18/CE, consistente en el cálculo de los umbrales que determinan la aplicación de las normas procedimentales y de publicidad para la adjudicación en función del valor acumulado del conjunto total de lotes, a salvo de las excepciones dispuestas en los arts. 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP[2]. Esta nueva norma debería haber espoleado la utilización de los lotes al neutralizar los riesgos que comportaba el fraccionamiento de cara al eventual fraude de ley. Sin embargo, la cultura contractual española no varió sensiblemente y en esencia continuamos actuando conforme a las mismas antiguas querencias previamente instaladas.

Tal y como explica el informe 69/08, de 31 de marzo, de la JCCA del Estado[3], el objetivo de la regulación sobre el fraccionamiento[4] no es «agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley» y «no debe interpretarse este precepto –pese a a hablar del art. 74 de la LCSP los razonamientos expuestos en el informe pueden trasladarse íntegramente al vigente art. 68– como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso

2 Los arts. 136 y 204 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administración Pública ya disponían de una medida de este tipo, pero su alcance se restringía a la publicidad dentro de la Comunidad Europea y ni siquiera afectaban a las normas sobre procedimiento.

3 Esta argumentación fue secundada por informes posteriores tales como el 1/09, de 25 de septiembre de 2009, 57/09, de 1 de febrero de 2010 , y 31/12, de 7 de mayo de 2012.

4 Un antiguo informe de la JCCA del Estado, 40/00, de 30 de diciembre, ya declaraba que «la regulación de la división por lotes, tanto en las Directivas comunitarias de donde proceden los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como en esta última, persigue un objetivo fundamental reflejado en el apdo. 2 del art. 68 en el sentido de que no puede fraccionarse un contrato con objeto de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad, el procedimiento o la forma de adjudicación que corresponda».

su explotación independiente»[5]. Como puede comprobarse la perspectiva desde la que se ha abordado tradicionalmente el fraccionamiento de los contratos públicos, en la que se incluye la división en lotes, gravita en torno a la idea del fraude de ley y la elusión, por medio de él, de las exigencias sobre procedimiento y publicidad[6]. Sin embargo, este no representa el único límite que proscribe la partición del contrato. Antes siquiera de evaluar el hipotético fraude de ley, hay que verificar si los contratos surgidos tras la segmentación del objeto reúnen todos los atributos de los que depende su propia existencia en el plano del Derecho.

Los contratos públicos comparten con los de la especie civil, a salvo de sus especialidades y particularidades, los mismos presupuestos de existencia contenidos en el art. 1.261 del Código Civil (Cc): el consentimiento válidamente expresado por los sujetos contratantes, objeto y causa[7]. Estos elementos experimentan notables modulaciones trasladados al campo de la regulación administrativa, fruto del inmanente interés público del que participan en su actuación los entes, organismos y entidades comprendidos dentro del concepto del sector público enunciado por el art. 3.1 del TRLCSP. Empero, el tronco de la estructura en la que se apoya la validez del negocio jurídico es esencialmente idéntico. Una copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo[8] ha venido declarando que «el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, pues responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho civil y ello justamente permite invocar con carácter supletorio la doctrina establecida en el Código Civil». Partiendo de este razonamiento, el Tribunal Supremo[9] concluye que en la contratación «han de ser cumplidos los requisitos esenciales de dicha relación jurídica en la que necesariamente han de concurrir los de «consentimiento de los contratantes», «objeto cierto que sea

5 VÁZQUEZ MATILLA, J. (2014: 186-187); AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 133); MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008: 364-366).

6 Resulta de interés, al margen del Derecho positivo, el informe de la JCCA del Estado 5/1963, el cual ya hacía alusión a esta problemática: «este es el peligro más importante: al fraccionarse la cuantía total de la obra en diversos contratos parciales, permite contratar directamente la ejecución de aquella y la libre elección del adjudicatario».

7 CONTRERAS, P. (2011: 351 y ss.); AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 112 y ss.).

8 Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1988, de 16 de mayo de 1990 y 30 de septiembre de 1998.

9 Véase, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1998. En ese mismo sentido, también, la sentencia anterior de 30 de abril de 1979 que declaró la inexistencia de un contrato por no disponer de un objeto y causa apropiados.

materia del contrato» y «causa de la obligación que se establezca», conforme expresa el artículo 1261 Cc».

Si bien el TRLCSP carece de un precepto específico que replique el 1.261 del Cc, con carácter disperso varios artículos situados a lo largo del Texto Refundido contienen referencias, implícitas o explícitas, a estas tres condiciones. De este modo, el art. 22.1 alude a la causa; el 109.2 a la necesidad de contar con un objeto completo; y el Título II en general disciplina la aptitud que han de reunir los sujetos que pretendan contratar con el sector público, así como la capacidad de los órganos de contratación para vincular al ente adjudicador en el que están integrados. En ausencia de cualquiera de estos tres elementos, el contrato sencillamente deviene inexistente[10]. De ahí que el primer muro de contención frente al fraccionamiento irregular sea la propia sustantividad del contrato. Solo una vez superada esta barrera, podrá pasar a examinarse si ha transgredido las formalidades imperativas con el propósito de rebajar las garantías del procedimiento de adjudicación o la publicidad de la licitación. De hecho, incluso si el fraccionamiento no tuviera ninguna repercusión sobre las normas relativas al procedimiento de adjudicación y las reglas de publicidad, tampoco en ese caso sería posible soslayar la necesidad de que concurrieran consentimiento, objeto y causa en cada uno de los contratos resultantes[11].

Focalizando la atención en el requisito del objeto, la regulación administrativa toma distancia respecto a la civil al establecer el principio de objeto completo, ausente en la segunda. Si en el Derecho civil los motivos que impelen a celebrar el contrato son irrelevantes[12], a excepción de la causa ilícita regulada en el art. 1275 del Cc, no es posible aseverar lo mismo cuando hablamos de los contratos públicos. Hay que tener en cuenta que en la actuación contractual del sector público, así lo expresó el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de noviembre de 1981, el fin público en la causa del contrato es el elemento esencial del mismo[13], y ello incide de forma decisiva en la configuración de las prestacio-

10 AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 114).

11 En apoyo de este planteamiento, la resolución 349/2015, de 24 de abril de 2015, del TACRC: «sin embargo, el modo escogido a la hora de fraccionar el objeto contractual no se corresponde con las exigencias legales. Es cierto que desde el punto de vista cuantitativo no existe obstáculo para admitirlo en la forma que se pretende hacer pues no afecta ni a la publicidad del contrato ni al procedimiento aplicable, sin embargo es claro que no concurre el cumplimiento de ninguno de los restantes requisitos antes enunciados».

12 CONTRERAS, P. (2011: 377-379).

13 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011a: 504). A diferencia de los sujetos privados, los poderes públicos siempre han de respaldar su actuación con razones objetivas que la justifiquen.

nes que componen el objeto contractual. Como denota el art. 22.1 del TRLCSP la orientación finalista de la contratación pública tiene trasunto en la regulación positiva. Conforme a lo dispuesto en este precepto, los entes, organismos y entidades del sector público no pueden celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

A diferencia del Derecho civil, presidido por la idea de la autonomía de la voluntad de las partes[14], la vinculación obligatoria de los contratos del sector público a la satisfacción del interés general constriñe severamente su margen de disposición en todas las fases de la contratación, incluyendo la propia voluntad de acudir a ella. Un particular puede actuar movido por impulsos erráticos o caprichosos y nada de ello afectaría a la validez del contrato. Si una persona desea utilizar una bicicleta como macetero, por extravagante que resulte semejante empresa, la respuesta del Derecho es clara: *laissez faire, laissez passer.* No es esta la situación del sector público y en especial de la Administración Pública. La causa del contrato surge de la simbiosis entre el elemento objetivo y la realización de los intereses y las necesidades públicas. Es en ese punto, el elemento causal, donde confluyen las prestaciones a ejecutar, las necesidades a cubrir y los fines a satisfacer[15].

Por esa razón el TRLCSP demanda que el objeto del contrato sea completo[16]. Ser completo implica la idoneidad, aptitud y capacidad plena de las prestaciones para responder a las circunstancias que han dado lugar a la celebración del contrato y los objetivos perseguidos desde él. Mientras una persona corriente puede escoger libremente adquirir un bien por fascículos si así lo estima oportuno, difiriendo en consecuencia la utilidad efectiva al momento en el que termine la colección, el sector público precisa *ab initio* de objetos contractuales plenamente operativos en aras de cumplir los intereses que tienen encomendados. A pesar de no consagrarse expresamente, el principio de completud o completitud puede deducirse del juego cruzado de los arts. 22.1, 86.3 y 109.2 del TRLCSP u otras referencias, como el art. 125 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Adminis-

14 MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011: 417-420).

15 GALLEGO CÓRCOLES, I. (2008: 62).

16 AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 113 y ss).

traciones Públicas (RLCAP)[17]. A su vez, este principio de completitud enlaza con la noción de la unidad funcional, decisiva para la admisión de la división en lotes de los contratos. La unidad funcional ha de entenderse como la capacidad autónoma de una serie de actividades para cumplir por sí mismas una función económica o técnica. Existirá unidad si los elementos son inseparables para el logro de una misma finalidad o si son imprescindibles para el correcto funcionamiento de aquello que se pretende conseguir mediante la celebración del contrato[18].

Citando al informe de la JCCA del Estado 69/08, de 31 de marzo, secundado por los subsiguientes informes 1/09, 57/09 y 31/12, «el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones». De acuerdo a la interpretación que realiza la Junta del art. 86.3, resulta admisible desgranar el objeto del contrato en varios lotes siempre y cuando las prestaciones producto del fraccionamiento sean susceptibilidades de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional[19]. En definitiva, sólo si es posible identificar más de una unidad funcional en el marco del objeto contractual será factible acometer la división en lotes, puesto que cada uno de esos lotes ha de ser por sí mismo una unidad funcional que al mismo tiempo permita la utilización o aprovechamiento individual. Naturalmente, si ya de por sí las prestaciones carecen de un vínculo funcional u operativo, de tal manera que la ejecución y explotación de una o varias de ellas no sea necesaria para el ejecución y explotación de cualquiera de las demás, con más razón en esos casos podrá escindirse el objeto en varios lotes o contratos. Sucede igual cuando los objetos son semejantes pero independientes entre sí.

No obstante, el TRLCSP prevé varias excepciones al principio de unidad funcional[20]. En primer lugar, el art. 86.3 contiene el siguiente inciso «podrá pre-

17 La Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la JCCA de Aragón aclara que «la jurisprudencia –por todas, STS 15 de febrero de 1984– acogió dicho criterio al entender consagrado «el principio de unidad de obra para evitar estériles proyectos parciales que pudieran quedar inconclusos con el devenir del tiempo, y para impedir posibles fraccionamientos de la obra conducentes a alterar el régimen de contratación que corresponda» lo que implicaba, según la sentencia mencionada, que «por obra completa ha de entenderse las susceptibles de ser entregadas al uso general o al servicio correspondiente, sin perjuicio de las ulteriores ampliaciones de que posteriormente puedan ser objeto».

18 VÁZQUEZ MATILLA, J. (2014: 185-188); AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 120-125).

19 A mayor abundamiento, las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de 247/2012, 918/2014 y 927/2014.

20 AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 122-124).

verse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, [...], o así lo exija la naturaleza del objeto[21]». Se trata de una exclusión de la unidad funcional muy casuística. La interpretación mayoritaria en torno a esta exención considera que el fin de la misma es habilitar el fraccionamiento en lotes cuando no todos ellos reúnan la condición de unidad funcional, en virtud de la singular naturaleza de las prestaciones a desempeñar bajo el contrato. Si tan sólo se limitara a reconocer la existencia de supuestos cuya particular idiosincrasia impone la licitación en lotes, incurriría en una redundancia en relación con el resto del apartado, sin proporcionar una posibilidad adicional a lo ya contemplado por este.

Las otras dos excepciones se refieren exclusivamente al contrato de obras. La primera de ellas también está situada en el art. 86.3 y consiste en la posibilidad de contratar separadamente prestaciones diferenciadas dirigidas a integrarse en una obra, cuando dichas prestaciones gocen de una sustantividad propia que permita una ejecución separada, por tener que ser realizadas por empresas que cuenten con una determinada habilitación. Por último, el apdo. 11 de Disposición Adicional Segunda del TRLCSP permite en los municipios de población inferior a 5000 habitantes, en los contratos de obras cuyo período de ejecución exceda al de un presupuesto anual, la redacción de proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que éstas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio; o puedan ser sustancialmente definidas, y preceda autorización concedida por el Pleno de la Corporación, adoptada con el voto favorable de la mayoría absoluta legal de sus miembros, autorización que no podrá ser objeto de delegación. Esta especialidad obedece principalmente a razones de tipo presupuestario y financiero en atención a las características de estos pequeños municipios.

Finalmente, además del respeto a las normas sobre procedimiento y publicidad y de los presupuestos esenciales del contrato, el art. 86.3 establece un último requerimiento para aceptar la descomposición del contrato en lotes: justificarlo debidamente en el expediente de contratación. Dicha exigencia proviene de una visión integral del sistema contractual, basada en la integración de todas

21 Criticamente, CANDELA TALAVERO, J.E. (2011: 92). Candela Talavero reprueba la redacción otorgada por el legislador al art. 86.3 del TRLCSP por apreciar, a su juicio, una insuficiente concreción de los supuestos donde se admite el fraccionamiento. Además, desde su punto de vista, la excepción de la naturaleza del objeto permitiría acudir al fraccionamiento siempre que un informe técnico afirmara la concurrencia de esa especial naturaleza. En sentido contrario a esta conclusión, AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 122).

las prestaciones necesarias en un único contrato[22]. Corolario de ello, la regla general por la que apostaba nuestro Derecho[23], actualmente desplazada por el criterio fijado en el art. 46 de la Directiva 2014/24/UE, fue la no división del objeto del contrato; *a sensu contrario,* lo singular era la división en lotes. Como toda excepción que se aparta de la pauta común, es necesario acreditar la concurrencia de circunstancias especiales que aconsejen el abandono en el caso concreto de la regla general. Sobre la virtualidad de esta condición ahondaremos con mayor profundidad al hilo del siguiente apartado.

2. La división en lotes como potestad administrativa discrecional

El art. 46.1 de la Directiva 2014/24/UE marca un verdadero giro de 180 grados en la contratación pública europea, al presumir por defecto la descomposición en lotes como una opción factible y aconsejable. Por consiguiente, los poderes adjudicadores a partir de ahora están obligados a explicar caso por caso las razones que les lleven a rechazar la conveniencia de encauzar una licitación a través del formato de lotes. Por otro lado, la combinación entre los apdos. 1 y 4 del mismo artículo faculta a los Estados miembros para imponer de manera obligatoria la adjudicación en lotes separados, cuando se cumplan una serie de condiciones que habrán de precisar las respectivas legislaciones nacionales, de acuerdo a su propio Derecho y al de la Unión Europea. Dentro de la fuerte apuesta por lotes que rodea a la Directiva en su conjunto, el apdo. 4 da un paso más allá al autorizar la creación de auténticas presunciones o imposiciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Naturalmente, la trascendencia de esta última previsión variará de forma notable dependiendo del país que se trate y cómo decida desarrollarlo, a diferencia del apdo. 1 que rige por igual en todos los Estados miembros de la UE. Más adelante volveremos a posar nuestra mirada en aquellos aspectos innovadores que ha traído bajo el brazo la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública, pero por el momento basta este pequeño bosquejo para ilustrar el gran contraste que media entre la nueva realidad jurídica y el escenario precedente, acerca del cual sí profundizaré a continuación.

22 Entre otras muchas, las resoluciones del TACRC 247/2012, de 7 de noviembre de 2012, 652/2014, de 12 de septiembre de 2014, 756/2014, de 15 de octubre, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, abogan por esta interpretación del art. 86.3 del TRLCSP.

23 El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón: remarcaba cómo no se sentía este carácter excepcional preconizado desde el TRLCSP en la Directiva 2004/18/CE y aun menos en la Directiva 2014/24/UE.

Retomando las consideraciones del epígrafe anterior, la conjugación del verbo «poder» dentro del enunciado del art. 86.3 del TRLCSP resulta sumamente reveladora. Si bien esta voz no siempre implica la configuración de una potestad en un sentido discrecional[24], aquí las apariencias no engañan. De manera reiterada las juntas consultivas y los tribunales administrativos han interpretado la división en lotes como un derecho potestativo que asiste al órgano de contratación, gozando en su ejercicio de una considerable discrecionalidad técnica[25]. A priori, bajo el marco normativo previo, el hecho de que un contrato fuera susceptible de fragmentarse en varios lotes dotados individualmente de una unidad funcional propia, sin incurrir en fraude de ley, y satisfaciendo el resto de presupuestos elementales de los contratos, no obligaba al órgano de contratación a transformar esa potencia en acto. Ni siquiera existiendo una justificación viable capaz de colmar las exigencias de motivación del art. 86.3 del TRLCSP, el órgano de contratación estaba impelido a acudir forzosamente a la fórmula de la división de lotes.

Desde un plano abstracto, ante la dicotomía entre unidad o fraccionamiento suscitada por los contratos potencialmente divisibles, los informes de las juntas consultivas y las resoluciones de los tribunales administrativos preconizaron la necesidad de acometer un juicio comparativo entre los diferentes principios de contratación recogidos en el art. 1 del TRLCSP. Así la decisión del órgano de contratación debía ser el resultado en el caso concreto de la ponderación conjunta de los principios de eficacia y eficiencia en la utilización de los fondos públicos, de una parte, y, por otra, de los principios de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia[26].

En la práctica, la carga del análisis comparativo se vio fuertemente atenuada debido al influjo de varios factores. A la hora de confrontar los pros y los contras presentes, el TACRC sintetizó cuatro grandes argumentos favorables al mante-

24 BARCELONA LLOP, J. (2002: 772).

25 Véanse, las resoluciones 138/2012, de 20 de junio de 2012, 143/2012, de 4 de julio de 2012, 187/2012, de 6 de septiembre de 2012, 210/2012, 25 de septiembre de 2012, 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 156/2013, de 18 de abril, 194/2013, de 23 de mayo, 756/2014, de 15 de octubre, y 803/2014, de 31 de octubre de 2014, del TACRC. En especial, la mayoría de estas resoluciones han subrayado que las pretensiones de los recurrentes no pueden sustituir la voluntad de la Administración para determinar el objeto del contrato. Los órganos de contratación poseen un elevado grado de discrecionalidad para elaborar los lotes del contrado de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, o para no fraccionar el contrato y licitarlo de manera unitaria.

26 En ese sentido, las resolución 247/2012, de 7 noviembre de 2012, o la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, ambas del TACRC

nimiento de la unidad de los contratos[27]: el incremento de la eficacia que supone la integración de todas las prestaciones en un único contrato sin división del mismo en lotes; la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones resultante del tratamiento unitario del contrato; el aprovechamiento de la economía de escala que posibilita el hecho de que todas las prestaciones se integren en un único contrato sin división en lotes; y la optimización de la ejecución global del contrato al ser el control de su cumplimiento más efectivo si el contrato se adjudica a una sola empresa y no a varias, como podría ocurrir si se estableciesen lotes[28]. Dada su amplitud y generalidad, si el órgano de contratación no deseaba enfocar la licitación a través de lotes, tan sólo tenía que apelar a valores como la eficacia, la eficiencia o la coordinación en la ejecución para evitarlo, sin perjuicio de que luego debiera vincularlos, al menos mínimamente, con el supuesto específico.

A esta generosa visión acerca de las razones favorables que justifican el empleo del llamado sistema integral de la contratación, hay que sumar las reticencias de los tribunales administrativos de recursos contractuales a desautorizar el criterio escogido por el órgano de contratación. Por ejemplo, en la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, a pesar de concluir el Tribunal que la motivación dada por el órgano de contratación era genérica y no justificaba de forma real y concreta la solución adoptada, no impuso la distribución en lotes del contrato. Únicamente, anuló el procedimiento y ordenó retrotraer el expediente para que esta vez lo justificara correctamente. A la vista de que la motivación era meramente nominal, lo aconsejable hubiera sido instarlo a reexaminar por completo las ventajas y los inconvenientes de cada una de las posibilidades, no tratarlo como un mero defecto de forma, cuando la ausencia de motivación suficiente es más que eso.

Asimismo, las objeciones basadas en una eventual restricción de la competencia fruto de la no división del contrato, han venido siendo rechazadas con excesiva ligereza, invocando la posibilidad de que las PYMES se agruparan en UTEs[29]. Las resoluciones 247/2012, de 17 de octubre de 2012, y 918/2014, de

27 Véanse, las resoluciones 227/2012, de 17 de octubre de 2012, 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 918/2014, de 12 de diciembre de 2014.

28 El texto del Proyecto de la LCSP incluye en su art. 99.3, como motivos predeterminados para justificar la no división del contrato, cuestiones de tipo técnico u organizativo inspiradas en el segundo y en cuarto argumento.

29 Citando textualmente la resolución del TACRC 227/2012, de 17 de octubre de 2012, «a estos efectos interesa reseñar que la no división en lotes de un contrato no implica en sí misma un restricción a la competencia, en cuanto que las empresas interesadas en la licitación por

12 de diciembre de 2014, del TACRC declararon que «el fraccionamiento en lotes sólo deberá efectuarse, aun a costa de sacrificar los principios de eficacia y eficiencia, cuando de seguirse el sistema integral se produzca realmente una situación de restricción de la competencia. Esta situación de restricción de la competencia tendrá lugar cuando tal restricción afecta a un número razonable de empresas que operen en el sector que se considere y que represente un porcentaje considerable de este, de manera que les impida o, al menos, les dificulte para acceder a la licitación». Empero, esta reflexión deviene estéril desde el momento en el que no se considera una dificultad de acceso la necesidad de constituir uniones temporales para poder concurrir a la licitación[30]. No hablamos ni siquiera de ganarla.

En ese sentido, parece más acertada la pauta sugerida en la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC y tomar como parámetro la propia realidad del mercado. Si el mercado no refleja de forma ordinaria la unificación de prestaciones recogida en el objeto del contrato, por mucho que quepa la colaboración de varias empresas especializadas a través de la creación de una UTE, habrá una restricción de la competencia que difícilmente puede redundar en be-

estar capacitadas dada su actividad para realizar alguna o algunas de las prestaciones objeto de contratación siempre podrán concurrir en unión temporal de empresas, sin perjuicio de las consideraciones anteriormente expuestas y que deberán tenerse en cuenta a los efectos del fraccionamiento en lotes de un contrato». Esta idea también es recogida en la resolución del TACRC 657/2014, de 12 septiembre de 2014, o en la 918/2014, de 12 de diciembre de 2014. Igualmente, la resolución 92/2012, de 12 de septiembre de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (TACPM) defendió el mismo razonamiento.

30 PÉREZ PAREDES, E. (2013: 371-373). Todo el artículo en general ilustra las complicaciones que rodean a las UTE, suficientes para considerar que la necesidad de acudir a ellas constituye por lo menos una dificultad en la licitación; sin embargo, al margen de la complejidad intrínseca al mecanismo organizativo, hay otro dato que se cohonesta mal con el razonamiento del TACRC. Constituir una UTE es un derecho, no una obligación. De facto, asumir como remedio a la restricción el recurso a las UTE, implica conculcar el carácter de derecho de las mismas para convertirlas en una genuina obligación de cara a las PYME. En refuerzo de esta tesis, MOREU CARBONELL, E. (2009: 695-696). Cito textualmente «la constitución de UTE es voluntaria y la legislación contractual no limita su participación en los procesos selectivos. Por tanto, ni puede imponerse ni puede excluirse su participación. La posibilidad de adoptar la forma de unión temporal como modalidad de colaboración entre empresas para contratar con la Administración no constituye una facultad o prerrogativa de la Administración contratante, sino un derecho reconocido a las empresas que aspiran a ser contratistas». Evidentemente, habrá ocasiones donde las PYME deberán agruparse y colaborar en una UTE, pero no puede presuponerse por sistema, so riesgo de convertir su constitución en una verdadera obligación.

neficio de ninguno de los objetivos de los entes del sector público, incluido el adecuado empleo de los fondos públicos. Además, el propio TRLCSP ya exige a los órganos de contratación que oteen en el mercado para determinar ciertos aspectos. Por ejemplo, el art. 87.1 utiliza la noción del precio general del mercado[31]. Pese a que la contratación pública responde a sus fines propios, puesto que se provee de bienes y servicios esencialmente del mercado, exceptuando la contratación *in house providing*, que no desconozca la estructura de este a la hora de diseñar el procedimiento de contratación resulta lo más lógico. Además, parece consecuente con la propia naturaleza de la contratación pública como punto de encuentro entre el sector público y el sector privado.

Por desgracia, no ha sido esta la línea predominante en el TACRC. De haber versado el recurso acerca de un sector diferente al de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), campo donde la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se había pronunciado en varias resoluciones a favor de la división en lotes[32], es muy probable que el TACRC se hubiera limitado a suscribir una vez más la idea de que en principio no hay restricción de la competencia mientras los potenciales licitadores puedan formar una UTE. De ahí el carácter aislado de esta resolución, que palidece en comparación con la plétora de aquellas que no entran a valorar la realidad del mercado. Muy crítica con esta doctrina mayoritaria, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM). Toda una *rara avis* dentro del contexto al que pertenece. En contraposición a la generalidad de las resoluciones comentadas, en esta sentencia el TSJM sí se adentra en el fondo y evalúa la ponderación efectuada por el Ayuntamiento de Parla, tomando en consideración la composición del objeto y las actividades que lo integran. Gracias a ese examen sustantivo de la propuesta del Ayuntamiento, logra advertir la enorme disparidad que rodea a los tres servicios a prestar. Las diferencias son tales que afectan a los requisitos técnicos, los ámbitos de actuación, el contenido y el alcance del servicio, el plan integral de actuación, los criterios de valoración, la documentación a aportar, la puntuación y los precios.

31 Con mayor profundidad, AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015: 75-78).

32 La resolución de 29 de abril de 2010 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones recalcó «la importancia de asegurar que, en la medida de lo posible, las Administraciones públicas procedan a la separación por lotes de los servicios de comunicaciones electrónicas que desean contratar». Sin este argumento de autoridad, el sentido de la resolución del TACRC quizás hubiera variado. A mayor abundamiento, el informe INF/DP/007/14, de 13 de junio de 2014, sobre los Pliegos del procedimiento abierto de contratación de servicios consolidados de telecomunicaciones de la Administración General del Estado, de la CNMC es una muestra bastante representativa de las especialidad del sector de las TIC.

Desde esa perspectiva de lo concreto, el TJSM enjuicia de manera apegada a la realidad una serie de asertos esgrimidos por el Ayuntamiento y el TACPM, como el incremento de la eficacia, la eficiencia y el aprovechamiento de las economías de escalas, basadas desde el punto de vista del Tribunal únicamente en prejuicios positivos. De forma contundente, llega a afirmar que el planteamiento sostenido por el Ayuntamiento en lugar de promover la concurrencia, restringe esta sin ninguna justificación real basada en magnitudes medibles o cuantificables y en criterios ciertos sobre el beneficio o ventaja que tal forma de proceder puede aportar para la Corporación Municipal o para el interés general que representa. El TJSM también entró a refutar en su sentencia el celebérrimo argumento de las UTE como forma de superar los obstáculos de acceso. Por esa razón, el fallo anuló la resolución 92/2012, de 12 septiembre de 2012, del TACPM, confirmatoria del enfoque del Ayuntamiento, y la parte afectada de los Pliegos del contrato. Aquí puede comprobarse el choque con la resolución 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC, ya que el TSJM sí ordena en este caso la licitación del servicio por lotes independientes, enmendando y supliendo la decisión del propio órgano de contratación.

Al hilo del comentario de esta sentencia son tres las críticas que cabría argüir contra la doctrina dominante dentro de los tribunales administrativos de contratación pública antes del 18 de abril de 2016. La primera de ellas es un problema recurrente a la hora de controlar las potestades discrecionales[33]. Persiste cierta renuencia a fiscalizar el ejercicio de las mismas por miedo de interferir y usurpar la voluntad de sus titulares. Toda potestad discrecional se apoya en una realidad de hecho que funciona como presupuesto fáctico para la potestad; constatar la efectiva concurrencia de la base material sobre la que se apoya la potestad discrecional no invade el margen de apreciación legítimo del que dispone el titular. A fin de cuentas, la posibilidad de control es lo que separa la discrecionalidad de la arbitrariedad. En el caso de la división en lotes, la ponderación conjunta de los principios en juego es susceptible plenamente de fiscalización, tal y como hizo el TSJM en la sentencia 624/2014, porque el juicio de estos principios se proyecta sobre realidades concretas. Si un órgano quiere aprovechar los beneficios de las economías de escala, nada puede oponerse a esa decisión siempre y cuando existan motivos verdaderos para esperar el hipotético aprovechamiento de esos efectos. El exceso de celo a la hora de respetar las decisiones de los órganos de contratación, salvo casos extremos, ha conducido a una aquiescencia no demasiado meditada, teñida de automatismo.

33 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011a: 488 y ss).

La segunda crítica está conectada con la primera premisa y radica en la sobrecualificación de los principios de eficacia o eficiencia en parangón al valor de la concurrencia competitiva[34]. No podemos olvidar que la correcta utilización de los fondos públicos constituye un objetivo secundario para las Directivas respecto a los principios que garantizan la apertura de una sana competencia y el desarrollo del mercado. En la medida de lo posible debe procurarse satisfacer ambas parejas de principios, pero de primar una de ellas frente a la otra, sería la atinente a la competencia, en consonancia con el espíritu de las Directivas. Por último, antes que rechazar la licitación en lotes de plano, parece una mejor solución admitir la oferta integradora y comprobar de ese modo cuál de las dos fórmulas es superior en el caso específico. Llama la atención las escasas referencias a esta técnica que no presenta contrapartidas si la intención inicial ya era licitar el contrato de forma unitaria. La posibilidad de adjudicar el contrato en bloque continúa estando en la mesa si la oferta global resulta económicamente más ventajosa que la división en lotes; y si no es así, el haber comparado los dos escenarios permite seleccionar la mejor oferta con mayor conocimiento de causa[35].

II. EL PORQUÉ DE LA CONFIGURACIÓN EXCEPCIONAL DE LA DIVISIÓN EN LOTES EN EL TRLCSP

1. Entre el escepticismo, la indiferencia y la fe

Descrito el marco normativo español anterior a la irrupción de la Directiva 2014/24/UE, inevitablemente alterado tras el 18 de abril de 2016, con el consiguiente despliegue del efecto directo de varias de las previsiones contenidas en el art. 46 de la Directiva, el siguiente interrogante a despejar estriba en el porqué de esta determinada regulación y no de otra alternativa. En esta cuestión, como ya hemos reseñado, el legislador español imprimió su propia idiosincrasia, desmarcándose respecto a la orientación subyacente en la Directiva 2004/18/CE[36].

34 CHINCHILLA MARÍN, C. (2011: 34-36); DÍEZ SASTRE, S. (2012; pp. 34-37); GIMENO FELIÚ, J.M. (2006: 23-29); MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015: 391-407).

35 El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza un estudio exhaustivo de la oferta integradora.

36 De esta opinión, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón: «sin embargo, no se aprecia este carácter excepcional en la regulación de la licitación en lotes de la Directiva 2004/18, que se limita a establecer reglas de cálculo de valor estimado de los contratos públicos en los supuestos de adjudicación simultánea de contratos por lotes separados, concluyendo que se deberá tener en cuenta el valor global estimado de la totalidad de dichos lotes».

Pese a sus paralelismos, el art. 86 del TRLCSP de manera implícita expresa un juicio de valor en relación a la división de lotes, inexistente, por contra, en el art. 9 de la Directiva.

Los dos preceptos, tanto el europeo como el nacional, establecen una serie de cautelas con el objeto de evitar que a través de fraccionamientos artificiosos se puedan sustraer los contratos del régimen procedimental y publicitario que les corresponda por razón de su verdadera cuantía; sin embargo, la norma española no se conformó con estas reglas y añadió una carga adicional: la necesidad de justificar en el expediente de contratación el fraccionamiento. En definitiva, el art. 86.3 del TRLCSP en cierto modo presume[37], *iuris tantum,* la imposibilidad o falta de oportunidad de dividir en lotes, debiendo ser el órgano de contratación quien desvirtúe la presunción por medio de la pertinente motivación. La *ratio legis* de tal presunción responde a los vicios que han anidado y anidan, por desgracia, en la praxis contractual del sector público español[38].

En el argot jurídico, al escuchar la palabra «fraccionamiento» tendemos a evocar primordialmente su variedad ilegal. A modo de anécdota, Pleite Guadamillas[39] en una ocasión puntual dio la siguiente definición del fraccionamiento: «la división artificial en varios expedientes de un gasto que constituye una unidad, realizada por el gestor del mismo y que tiene como consecuencia la elusión de la aplicación de una norma que, en caso de no haber realizado el fraccionamiento, le resultaría plenamente aplicable». No habría nada que objetar si al describirlo hubiera incluido a continuación el adjetivo «fraudulento». Por el contexto, se infiere que efectivamente está hablando de esa modalidad y no del fraccionamiento en general. Por ese motivo, la omisión no tiene mayor trascendencia que la de un pequeño descuido. Con todo, el lapsus sí constituye una muestra bastante representativa de nuestra inclinación, casi automática, a asociar mentalmente fraccionamiento con ilegalidad. La mala fama que rodea

37 Resulta complejo seleccionar el tiempo verbal desde el que referirse al art. 86 del TRLCSP. Hoy por hoy, su tenor literal permanece impertérrito, ajeno completamente a las transformaciones derivadas del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE. En ese sentido, es derecho vivo que precisaría de una modificación o abrogación formal para acomodarlo a las últimas exigencias europeas en la materia. No obstante, en el plano de la aplicación práctica, el efecto directo vertical desplaza el art. 86 en varios aspectos. En aquellos puntos donde el art. 46 prevalece sobre el art. 86 habría que hablar en pasado, pero no puede desconocerse que por el momento sigue ahí. Ello nos obliga a hacer malabares lingüísticos de cara a trasladar esa doble naturaleza de norma formalmente vigente, pero desplazada en su aplicación en todo aquello que quede comprendido dentro del efecto directo del art. 46.

38 MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015: 396-397).

39 MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008: 364).

a la ruptura de la unidad del objeto contractual es más que un simple prejuicio irracional, existe una base empírica que lo sustenta y explica. No parece extraño que el uso de esta vía suscite tantos recelos cuando es tan socorrida desde el fraude de ley. La propia normativa europea participa de esta desconfianza al dotarse de mecanismos dirigidos a salvaguardar, frente a eventuales divisiones ilegales, la correcta aplicación de las normas relativas a los procedimientos de adjudicación y publicidad. No obstante, la posición mantenida por las dos últimas generaciones de directivas ante el fenómeno del fraccionamiento no resulta coincidente con la española. Compartiendo parte de esa misma inquietud, no se ven absorbidas por ella.

La Directiva 2004/18/CE a la vez que se preparaba ante las posibles contingencias negativas derivadas de la división de lotes y su impacto en el cálculo del valor estimado (véanse, los apdos. 3, 4 y 5 de su art. 9), también contemplaba varias reglas de índole práctica acerca de los lotes. En concreto, el Anexo VII A dedicó varios apartados a determinar los contenidos que habían de figurar en el anuncio de licitación cuando se procediera al fraccionamiento en lotes. Por ejemplo, una de esas menciones necesarias era la indicación en el anuncio del número máximo de lotes para los que podrían presentar ofertas los operadores económicos. Sin desconocer los riesgos latentes en el fraccionamiento, la Directiva 2004/18/CE asumía el fraccionamiento desde una perspectiva ecléctica. No lo promovía de manera activa, pero tampoco lo repudiaba. De ahí que tomara interés en proporcionar algo más que normas anti-fraude. Aunque el TRLCSP no prohíba el fraccionamiento *per se*, al entrar a regularlo lo hace desde un prisma esencialmente negativo[40]. Gracias al art. 86 del TRLCSP podemos saber en qué casos no será susceptible un contrato de descomponerse en varios lotes; en cambio, no hay ninguna alusión directa sobre cómo actuar si finalmente nos acogemos válidamente a esta técnica. Extremos como el número máximo de lotes por los que poder licitar quedan a extramuros de la norma principal, relegadas a los reglamentos de desarrollo[41].

En consonancia con la excepcionalidad de la que imbuye el TRLCSP al fraccionamiento, la prioridad del texto español parece que sea justo su evitación. Y

40 Citando al TACRC, en su resolución 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, «en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir una excepción a la regla general que constituye el que puede denominar sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes».

41 El Proyecto de la nueva LCSP rompe con esta situación del TRLCSP. Las referencias a los lotes, ahora sí desde un punto de vista también proactivo, se desparraman con profusión a lo largo del articulado.

es ahí donde radicaba la gran diferencia entre el Derecho español y el Derecho de la Unión Europea en este campo. Al menos en su dicción literal, la Directiva 2004/18/CE optó por una posición equidistante o neutral ante el fraccionamiento, siempre que se respetaran las pautas del art. 9. Posteriormente, la aparición de documentos como el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos del año 2008 fueron auspiciando la división como método para garantizar la concurrencia de las PYMES en mejores condiciones. En la actualidad, la Directiva 2014/24/UE ha adoptado un firme rol proactivo en torno a los lotes, confirmando la paulatina trayectoria experimentada desde la indiferencia a la promoción. Un panorama en claro contraste con el enfoque predominantemente restrictivo que dominaba hasta hace muy poco el Derecho nacional.

Naturalmente, las transformaciones a escala europea, como no podía ser de otra forma, han ido repercutiendo sobre la exégesis del Derecho nacional. El informe 31/12, de 7 de mayo de 2013, de la JCCA del Estado rechazó la posibilidad de adjudicar por separado las obras de reparación de una serie de aceras en el municipio de Badajoz, apreciando que el objetivo de fomentar la participación de las PYMES no constituía razón suficiente para quebrar la unidad funcional del contrato[42]. Un informe más reciente de la misma Junta, el 12/15, de 6 de abril de 2016, declaraba, precisamente, la necesidad de revisar el criterio mantenido en el informe 31/12 y anteriores, en aras de una mayor flexibilización del art. 86.3 del TRLCSP que atienda mejor al nuevo contexto europeo y nacional. A día de hoy, la JCCA del Estado no se hubiera opuesto a la licitación sugerida,

42 Véase, al respecto, la consideración jurídica tercera del informe: «en el caso concreto, el contrato de obras adjudicado presenta una unidad funcional, como es la reparación de las aceras de la ciudad. El hecho de que se divida en lotes obedece a la única finalidad de que se beneficie a las pequeñas empresas de ese municipio. Esta finalidad por sí sola, no justifica que se proceda a dividir el objeto del contrato, rompiendo esa unidad funcional, por lo que deben respetarse las reglas generales de adjudicación de contratos, en cuanto a la publicidad, la concurrencia y el procedimiento a seguir, que serán las correspondientes a la totalidad del objeto del contrato adjudicado, esto es, al conjunto de todas las reparaciones previstas, sin que resulte válido, en opinión de esta Junta Consultiva, que se puedan adjudicar los contratos por separado». Particularmente llamativo es el informe 57/08 de la misma Junta, de 31 de marzo de 2009, donde de forma lapidaria se descarta la posibilidad de licitar en lotes diferentes estas prestaciones: movimiento de tierras y estructura; peletería y saneamiento; cierres y carpintería exterior; pintura; puertas prefabricadas; redes de agua, gas y electricidad; climatización; y ascensores. Sin aportar razón alguna negaba de plano la posibilidad de insertar estas diferentes actividades en las habilitaciones del entonces vigente art. 74.3 de la LCSP. Una muestra clara de la predisposición negativa a la división de lotes que anidaba en la doctrina de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y Juntas Consultivas de Contratación Administrativa.

basada en la distribución de lotes en función de las calles. Con anterioridad, el informe de la JCCA de Aragón 11/2013, de 22 de mayo de 2013, haciéndose eco de la línea seguida desde la UE, consideraba que la regla general debía ser «la licitación en lotes siempre que ello fuera posible con el fin de favorecer la competencia y la participación de las empresas». También, la sentencia 624/2014, de 29 de octubre de 2014, del TSJM asumió en su seno este cambio de visión.

Eso sí, no podemos olvidar que se trata de cambios muy recientes, por lo que no desvirtúan el sentido de las afirmaciones anteriores. Irónicamente, aunque las leyes hayan dado preferencia a la unidad del contrato en oposición a la segmentación, el funcionamiento ordinario del sector público español en su día a día nunca ha discurrido conforme a esa concepción excepcional del fraccionamiento, más bien justo lo contrario. El fraccionamiento, no tanto la división en lotes, dista mucho de ser una práctica infrecuente. Esta irónica discordancia entre lo preconizado desde el texto legal y la realidad burocrática constituye una de las razones, si no la principal, que explica el porqué al que antes aludíamos y sobre el que seguiremos ahondando en seguida.

2. El miedo al procedimiento negociado y al contrato menor

Con independencia del volumen real de la corrupción, magnitud de muy complicada medición, la percepción de la misma en España es mucho más elevada en comparación a la de otros países del ámbito de la UE, como revelan los informes publicados por Transparencia Internacional[43]. El Eurobarómetro del año 2015 sobre empresas y corrupción revela también la mayor preocupación de los empresarios españoles ante la corrupción. Un 56% de los encuestados consideran que en los últimos tres años la corrupción ha impedido que pudieran ganar algún procedimiento de adjudicación frente al 34% de la media europea. Asimismo, un 93% cree que la corrupción es un problema totalmente extendido por el país, lo cual supone un 22% adicional en relación al computo global de los 28 estados de la UE.

No sorprende que la contratación pública sea una de las áreas donde se proyecta más intensamente la corrupción dado el gran volumen de recursos económicos desplegados[44]. Después de todo, entre el 13 y el 20% del PIB esta en juego en la contratación pública. Como expuso el Parlamento Europeo,

43 Véase, al respeto, la progresión apuntada en los Indices de la Percepción de la Corrupción elaborados por Transparencia Internacional desde el año 2002.

44 MEDINA ARNÁIZ, T. (2013: 5-6).

en su Resolución de 6 de mayo de 2010, sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades y la lucha contra el fraude, «el sector de la contratación pública es el más expuesto a los riesgos de gestión irregular, fraude y corrupción y que estas conductas ilícitas distorsionan el mercado, provocan un aumento de los precios y de las tarifas abonadas por los consumidores para la adquisición de bienes y servicios, y siembran la desconfianza con respecto a la Unión Europea».

Lógicamente, la corrupción repercute en todo el *iter* contractual, desde la preparación hasta la fase de ejecución[45], por lo que, consecuentemente, también las medidas destinadas a combatirla han de distribuirse a lo largo del proceso en su conjunto. Centrando la atención en aquellas áreas relacionadas con la división de lotes, el Informe Anticorrupción de la Unión Europea del año 2014, el primero en toda su historia, entre las anomalías detectadas identificó el uso indebido del procedimiento negociado sin publicidad y el fraccionamiento del contrato para eludir las normas sobre publicidad, ambas cuestiones íntimamente ligadas en el escenario español, como dos de las más frecuentes. Esta impresión se ve reforzada si tenemos en cuenta el hecho de que las empresas españolas declararan al ser consultadas en el Eurobarómetro 2013 (fue este el empleado para confeccionar el Informe Anticorrupción de la Unión Europea) que la principal infracción cometida en la fase de licitación era el abuso de los procedimientos negociados. A mayor abundamiento, el informe del Tribunal de Cuentas número 935 constató como una de las irregularidades más recurrentes en la contratación pública el fraccionamiento indebido de la cuantía de los contratos, con la finalidad de tramitarlos mediante procedimientos negociados sin publicidad o como contratos menores, según el caso; y la habitual falta de justificación de la concurrencia de los supuestos legales que permiten la utilización de procedimientos negociados sin publicidad.

Páginas atrás hacíamos alusión al atavismo de las normas anti-fraccionamiento[46] y, si estas son antiguas, lo natural es que la existencia de la conducta que pretenden evitar lo sea aún más. Prácticamente desde que existen normas disciplinadoras de la contratación pública, ha habido intentos de burlarlas por medio de la ruptura de los contratos en pedazos más pequeños que queden por debajo de los umbrales de corte. Una picaresca que pese a lo elemental de la misma, lleva trayendo de cabeza al Derecho de la contratación pública desde sus orígenes. Al constituir la cuantía del contrato junto a la condición subjetiva

45 GIMENO FELIÚ, J.M (2016: 273-280).

46 Véase, CARBONERO GALLARDO, J.M. (2010: 99 y ss).

del ente adjudicador los principales puntos de referencia para la aplicación de las normas, la tendencia natural ha sido reputar como más seguros los contratos voluminosos en detrimento de los pequeños, ya que los primeros están sometidos a formalidades más rigurosas. En nuestro Derecho impera la máxima implícita de que cuanto mayor volumen, mayores son las garantías. *A sensu contrario*: menor volumen, menores garantías.

En principio, esta premisa puede calificarse como esencialmente correcta siempre y cuando se introduzcan dos matices. Hay que tener en cuenta que la elevación de los estándares formales no asegura al cien por cien la corrección del procedimiento. Desde un punto de vista material, resulta factible defraudar la limpieza del proceso creando objetos artificiales carentes de trasunto en el tráfico mercantil regular[47], que restrinjan de facto el acceso a cualquier operador económico distinto de la empresa que haya servido de modelo para la determinación del objeto. También cabe aglutinar sin necesidad muchas prestaciones hasta alcanzar valores desorbitados a los que únicamente puedan dar respuesta unas pocas empresas. De ese modo, aunque se utilicen los procedimientos más favorables a la concurrencia competitiva, en la práctica apenas acudirán unos pocos licitadores, porque el resto sabrá que no tienen ninguna opción de conseguir la adjudicación del contrato. Tiene poca utilidad dar una gran difusión al anuncio de licitación si sólo sirve para disuadir al resto de operadores económicos de concurrir a la licitación. Si bien en líneas generales el mayor valor del contrato redunda en un incremento de las garantías, hay ocasiones donde puede emplearse justo en el sentido contrario, con el agravante de contar en ese caso de un *fumus boni iuris*. Por esa razón, no podemos bajar la guardia y presumir inmaculado un procedimiento por el hecho de haber estado sujeto al nivel máximo de aplicación del TRLCSP. El Derecho demanda una actitud de permanente vigilancia, máxime en campos tan proclives al fraude de ley y la corrupción.

Por otro lado, el segundo matiz viene del art. 86.3 del TRLCSP. El art. 86.3 para determinar las normas procedimentales y de publicidad en la adjudicación de cada lote toma el valor acumulado del conjunto, en vez del individual de los diferentes lotes presentes en el expediente. La regla tiene por excepciones las fijadas en los arts. 14.2, 15.2 y 16.2 de la norma. El art. 88.7 del TRLCSP en relación al valor estimado reproduce la misma fórmula del art. 86.3. En teoría, desde este método de cálculo la compartimentación de la contratación no debería acarrear una degradación de las garantías. Un contrato de un millón de euros dividido en un millón de lotes de un euro seguiría rigiéndose conforme a

47 Como apunta la resolución 52/2013, de 30 de enero de 2013, del TACRC es perentorio adecuar el objeto contractual a la realidad del mercado.

las disposiciones en materia de publicidad y procedimiento que le hubieran correspondido en ausencia de fraccionamiento. Sin embargo, las Directivas, pues suya es la redacción de los apdos. 2 de los arts. 14, 15 y 16 del TRLCSP, dejaron abierto un resquicio, que sin anular por entero la regla, atempera parcialmente su virtualidad.

El art. 14.2 del TRLCSP en los contratos de obra o concesiones de obra permite excluir la aplicación de la regulación armonizada a los lotes cuyo valor estimado sea inferior a un millón de euros, siempre que el importe global de lotes exceptuados no sobrepase el 20% del valor acumulado de la totalidad de los mismos. En cuanto a los arts. 15.2 y 16.2 del TRLCSP, contienen la misma patente de corso para los contratos de suministro y servicios, variando solamente el importe del valor estimado de los lotes que pueden exceptuarse, en ese caso 80.000 euros. Resulta llamativa la falta de exigencia de motivación o justificación para acogerse a dicha posibilidad, un aspecto que conserva el art. 5.10 de la Directiva 2014/24/UE. *Strictu sensu*, tal y como está configurada, aparenta ser una potestad de uso libre por parte de los órganos de contratación de los poderes adjudicadores. Curiosamente, los contratos de concesión de servicios divididos en lotes no pueden acogerse a ninguna de estas excepciones. El legislador nacional se limitó a transcribirlas tal cual, sin ponderar que el contrato de concesión no se veía alcanzado por la regulación armonizada de aquel momento. En ellos el art. 86.3 sí se cumplía a rajatabla. Lo cierto es que tampoco ahora hay visos de que con la Directiva 2014/23/UE vaya a cambiar esa situación. El art. 8 de la Directiva no establece excepciones, a diferencia del art. 5.10 de la Directiva 2014/24/UE que mantiene esta posibilidad intacta. Por ende, las concesiones de servicios continuarán en la misma situación del vigente TRLCSP, a la que se sumarán las concesiones de obra pública. Así puede comprobarse en el art. 20 del proyecto de la LCSP. No parece que en este punto el texto definitivo vaya a variar en exceso del Proyecto genuino.

El problema de esta prerrogativa son las cuantías escogidas en conexión con la regulación española del procedimiento negociado y el contrato menor. El art. 171.D del TRLCSP faculta el uso del procedimiento negociado en los contratos de obras cuando el valor estimado de estos sea inferior a un millón de euros. Por su parte, los arts. 173.F y 174.E del TRPCSP en relación a los contratos de suministro y servicios autoriza el recurso al procedimiento negociado, en todo caso, cuando los contratos no superen los 100.000 euros. Yuxtapuestos estos artículos y el 177.2 del TRLCSP, el balance no es muy alentador de cara a las garantías formales del procedimiento. Un 20% de los lotes producto de la fragmentación pueden adjudicarse desde el procedimiento negociado mientras individualmente los lotes no superen el valor de 1.000.000 de euros en las obras y 80.000 en los suministros y servicios. Asimismo, si el valor estimado de esos

lotes en las obras no supera la cifra de 200.000 euros en las obras y 60.000 en los suministros y servicios, cabría llevar a cabo la adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad. A todo esto hay que añadir la opción de utilizar el contrato menor conforme a los umbrales del art. 138.3 del TRLCSP. Diseñando sagazmente los lotes hasta un 20% del contrato resultaría susceptible de quedar exento de un control más estricto y licitado desde procedimientos poco abiertos a la competencia. Aunque el otro 80% restante continúe cubierto por normas más rigurosas, un 20% supone dejar demasiado dinero a la intemperie, al albur de procedimientos escasamente garantistas.

Parece evidente que el legislador europeo no valoró lo suficiente el gran espacio virgen disponible allende las Directivas. Un espacio que la normativa española no ha desaprovechado, aunque sea para mal. La figura del procedimiento negociado apareció por primera vez en el Derecho nacional con la transposición de las Directivas 1992/50/CEE, 1993/36/CEE y 1993/37/CEE, a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. A pesar de que el procedimiento negociado siempre ha sido concebido a escala europea como un procedimiento de carácter excepcional sometido a supuestos tasados, cuyo principal elemento definitorio es la negociación, España al interiorizarlo dentro de su ordenamiento jurídico alteró sus perfiles de manera significativa[48].

Si nos atenemos a su diseño genuino, como ya hemos dicho, las dos notas que distinguen al procedimiento negociado de los ordinarios son su excepcionalidad[49] y la necesidad de negociar durante la tramitación del mismo. Sin salir del ámbito de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha enfatizado estos dos aspectos en una reiterada y copiosa jurisprudencia. Así la sentencia de

48 BLANCO LÓPEZ, F. (2011: 35-41); BLANCO LÓPEZ, F. (2012: 32-33); CARBONERO GALLARDO, J.M, (2014: 227-231); MORENO MOLINA, J.A. (2008: 53-55); MORENO MOLINA, J.A. (2009: 526-532); COLÁS TENAS, J. (2013: 4-11).

49 No obstante, en la Directiva 2014/24/UE se aprecia cierto viraje hacía posiciones más abiertas cuando se trate del procedimiento negociado en su modalidad con publicación previa. El considerando 42 resalta la necesidad de que los poderes adjudicadores puedan elegir con mayor flexibilidad las clases de procedimientos que incluyen negociaciones. Empero, no ha de malinterpretarse el planteamiento del considerando 42 y confundirlo con una ratificación de la praxis española. Cuando el considerando 42 habla de facilitar el acceso al negociado lo hace teniendo en mente contratos que realmente precisen de la negociación y no en convertir la negociación en un modo ordinario de proceder, aunque la naturaleza de la prestación no lo requiera. De este relanzamiento de la negociación en los procedimientos de contratación dan cuenta GIMENO FELIÚ, J.M. (2014: 97-103); y MORENO MOLINA, J.A.: «La apuesta europea por un mayor recurso del procedimiento negociado en la contratación pública«, *Observatorio Público de la Contratación Pública*.

5 de octubre de 2000, asunto C-337/98, Comisión-Francia, ya afirmó en su considerando número 26 que «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». En cuanto al carácter limitado, la sentencia de 8 de abril 2008, asunto C-337/05, Comisión-Italia en su considerando 56 explica que «el procedimiento negociado deberá considerarse excepcional y, por lo tanto, sólo deberá aplicarse en aquellos casos taxativamente enumerados». Asimismo, el considerando 57 de esta sentencia recuerda que «las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva[50] [...]. Por lo tanto, los Estados miembros no pueden, so pena de privar a la Directiva 93/36 de su efecto útil, prever unos supuestos de utilización del procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento».

Pasando a la esfera nacional, son muchas las referencias disponibles que abonan el planteamiento del procedimiento negociado suscrito legal y jurisprudencialmente desde la UE. El informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, de la JCCA del Estado se pronuncia en este sentido: «el procedimiento negociado, ya sea con o sin publicidad, es un procedimiento de adjudicación de contratos excepcional que sólo es de aplicación en los supuestos determinados en la Ley y sólo en esos, y que, precisamente por esa excepcionalidad, su régimen difiere de las reglas de los procedimientos abiertos y restringidos». De igual parecer, el informe 2/12, de 30 de mayo de 2012, de la JCCA de las Islas Baleares expone que «el procedimiento negociado es un procedimiento específico de adjudicación de los contratos que se configura como un procedimiento excepcional que sólo es de aplicación en los casos que determina la Ley y que tiene como elementos esenciales y diferenciadores respecto de los procedimientos abiertos y restringidos, que son los procedimientos de adjudicación ordinarios, la consulta y negociación previas a la adjudicación del contrato». En cualquier caso, como resaltó la resolución 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACRC, debe tenerse presente que no hay libertad en la elección del procedimiento negociado aun por la cuantía, pues siempre debe motivarse porque se escoge en vez de los ordinarios[51].

50 Véanse, las sentencias del TJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apdo. 23; de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. p. I-1949, apdo. 13, y de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec. p. I-4713, apdo. 33.

51 Suscriben esta idea FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2013: 103): y RUIZ RUBIA, C.V. (2012: 60-62).

Tal es la dimensión troncal de la negociación que la ausencia de la misma ha llegado a considerarse un vicio de nulidad absoluta[52]. A esos efectos, según la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, del TACRC «la presentación de las ofertas por las empresas invitadas, no puede ser considerada como una fase de negociación, pues resulta obvio que la negociación de existir lo será con posterioridad a la presentación de las ofertas, no las ofertas en sí mismas». Si bien esta conclusión es consecuente con la naturaleza del procedimiento, aplicada de forma categórica obligaría a negociar incluso si es innecesario por ajustarse la oferta inicial plenamente a las necesidad de la entidad contratante y no dejar margen real para la transacción. A salvo de este matiz, dado el sistemático abuso de este tipo procedimental parece una medida apropiada de cara a cortar de raíz los excesos en su empleo y remitir al procedimiento negociado solamente aquellas cuestiones que en verdad encajen con su perfil propio.

Hasta aquí todo lo desarrollado es cierto al menos teóricamente: el procedimiento negociado debería aplicarse exclusivamente en los supuestos tasados y de manera excepcional; la negociación constituye el elemento basilar sobre el que se edifica el procedimiento; la ausencia de negociaciones durante el curso de la tramitación puede acarrear su nulidad, etc. *Eppur si muove*. Ninguna de estas restricciones ha impedido que el 42% de las adjudicaciones que figuran en la Plataforma de Contratos del Sector Público se realicen a través del procedimiento negociado sin publicidad[53]. Una vez más en el Derecho español, lo extraordinario ha acabado transformado en ordinario[54]. La clave detrás de esta elevada cifra de adjudicaciones desde el procedimiento

52 Apuntan hacia esta conclusión las resoluciones 50/2011, de 24 de febrero, 145/2014, de 20 de febrero de 2014, 146/2014, de 20 febrero, de 2014, y 829/2014, de 7 de noviembre de 2014, del TACRC. En una línea similar, el acuerdo 10/2013, de 14 de junio de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

53 Así lo recoge el díctamen 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la LCSP. Tomando de referencia a la Administración de la Generalitat de Cataluña de los 7.402 contratos que celebró durante el año 2015, fueron adjudicados 3065, el 41,4% del total, siguiendo el procedimiento negociado.

54 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011b: 299-303). Por ejemplo, en el procedimiento expropiatorio la expropiación urgente es la fórmula más socorrida en clara divergencia con el tenor de la Ley. Dejando a un lado otros factores, la mayor agilidad de esta clase de procedimientos supone una tentación demasiado fuerte. En principio, si se da a elegir nadie escoge el sendero plagado de obstáculos, pudiendo recorrer uno más llano y descansado. Sin embargo, esos obstáculos acostumbran a ser algo más una rémora puesta en el camino de la Administración Pública por pura malicia del legislador, normalmente comportan importantes garantías. De ahí la gravedad de esta conversión de lo ordinario en excepcional y lo excepcional en ordinario.

negociado responde a una singularidad del Derecho español vigente, que lo distingue y separa de la regulación armonizada impulsada desde las Directivas europeas.

Con la primera transposición del procedimiento negociado al orden jurídico nacional, el legislador aprovechó para adicionar más supuestos habilitantes en relación al elenco previsto en las Directivas. A instancias de la Comisión, poco a poco fueron cayendo de nuestra regulación esas causa extra, no sin resistencia, hasta que sólo quedó una: aquella fundamentada en la cuantía de los contratos. Aunque difícilmente pueda cohonestarse una cláusula semejante con las bases inspiradoras del procedimiento negociado[55], lo cierto es que ha sobrevivido al transcurso del tiempo y hoy por hoy sigue subsistiendo. Los arts. 171.D, 172.B, 173.F, 174.E, 175 y 177.2 del TRLCSP son los causantes de la profusa utilización del procedimiento negociado sin publicidad[56], sin perjuicio de interpretaciones laxas del resto de supuestos que puedan coadyuvar al incremento de la estadística. En cierto modo el procedimiento negociado por razón de la cuantía en el terreno práctico deviene en otra especie procedimental distinta de la del procedimiento negociado convencional. Por más que compartan un nombre idéntico o se agrupen bajo la misma sección, la irrelevancia del *nomen iuris* constituye un principio asentado firmemente en el Derecho. Levantado el velo, el procedimiento negociado basado en umbrales económicos aparece

55 En base a la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02), aquellos contratos de importancia para el mercado interior, incluso si no quedan cubiertos por los umbrales de las Directivas, están sometidos a unos serie de principios básicos que deben regir la adjudicación. Por ese motivo, aunque las cantidades del procedimiento negociado por razón de la cuantía se sitúen por debajo de los baremos de las Directivas, ello no exonera al procedimiento de respetar los principios de libre concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminacion, especialmente cuando el art. 1 del TRLCSP los asume como propios.

56 Véase, la Recomendación 1/2011, de 6 de abril de 2011, de la JCCA de Aragón «es un procedimiento, que aunque se comporta como un procedimiento ordinario, representa una importante restricción de la concurrencia que aconseja su uso limitado conforme al principio de buena administración. Cuando el legislador diseña un catálogo de procedimientos de contratación, y establece unas franjas económicas operativas para cada uno de ellos, está estableciendo una pauta del camino, orientando acerca de la mejor forma de abordar la adjudicación de los contratos públicos, haciendo inoperativo el carácter preferente y ordinario de los procedimientos abierto y restringido. No obstante, y pese al panorama legislativo expuesto, los órganos de contratación en la elección del procedimiento de adjudicación no pueden olvidar uno de los principios generales que deben inspirar la contratación del sector público, que es la garantía de la mayor concurrencia y publicidad, como de hecho predica el artículo 1 LCSP».

ante nuestros ojos como una suerte de híbrido, a medio camino entre un procedimiento simplificado y la contratación directa[57]. Los poderes adjudicadores tienden a representarse el negociado como un procedimiento simplificado de contratación, sin publicidad, basado en la consulta reducida a tres operadores económicos.

Con acierto destaca Francisco Blanco López[58] la incongruencia de considerarlo ágil procesalmente cuando de desarrollarse una verdadera negociación, incluso sólo entre tres candidatos, las conversaciones dilatarían notablemente la duración de la tramitación[59]. Sucede igual con su pretendida simplicidad[60]; no ha de confundirse la menor rigidez y formalismo que lo caracterizan con sencillez[61]. La búsqueda de flexibilidad responde a las necesidades derivadas de la negociación. Esta visión únicamente resulta posible desde la desnaturalización completa del procedimiento[62] y es precisamente la alteración de sus raíces lo que permite calificarlo sustancialmente como un remedo de contratación directa cualificado o procedimiento hipersimplificado, donde la consulta a tres candidatos es la pieza vertebradora. Sin duda, tal perspectiva está muy alejada de la configuración genuina del negociado europeo.

57 SANTÍAS VIADA, J.A.. (1996: 137). «Como resumen de lo expuesto puede afirmarse que la regulación del procedimiento negociado en la LCAP coincide sustancialmente con la de la contratación directa en la legislación de contratos del Estado...». Desde el principio hubo voces que advirtieron la proximidad del procedimiento negociado, en los términos de la regulación española, con la adjudicación directa del contrato.

58 BLANCO LÓPEZ, F. (2011: 39 y ss).

59 COLÁS TENAS, J. (2013: 10-11). Como apunta Colás Tenas, no se ha llegado a comprender la naturaleza real de la negociación.

60 Véase, la resolución 50/2011, de 24 de febrero de 2011, donde se resalta la complejidad intrínseca del procedimiento negociado.

61 BLANCO LÓPEZ, F. (2012: 42-43).

62 De parecer similar, LAGO NÚÑEZ, G. (2008:1772-1784). En su opinión, «considerar que la negociación es incompatible con la rigurosidad (de la subasta y el concurso) y exagerar su carácter necesariamente flexible y sin formalismos ha desnaturalizado el procedimiento y ante una dificultad cierta de definir la negociación (quizás debido a la falta de tradición administrativa de esta figura o al arraigo de expresiones peyorativos como es el de negociaciones prohibidas en el ámbito funcionarial), se ha llegado a un vaciamiento de su forma y contenido en la mayoría de los Pliegos de de cláusulas administrativas. De manera que venimos asistiendo en la práctica a unos procedimientos negociados que se caracterizan por la ausencia de negociación, una especie de concursos rápidos, sin baremos, sin puntuación. Unas adjudicaciones directas disfrazadas que constituyen, a la postre, «la infracción más grave del Derecho comunitario en materia de contratos públicos««.

Además del procedimiento negociado, el Derecho español también contempla otra figura desconocida para el Derecho de la Unión Europea e igualmente propensa a ser empleada como vehículo de huida de los principios generales de la contratación pública[63]. Se trata del contrato menor, regulado por los arts. 23.3, 111 y 138.3 del TRLCSP. De nuevo, las estadísticas son abrumadoras[64]. Gráficamente, Moreno Molina auguró –profecía cumplida– que con la LCSP para muchos Ayuntamientos lo realmente excepcional iba a resultar adjudicar algún contrato de obras de más de 50.000 euros o un contrato de otro tipo cuya cuantía exceda los 18.000[65]. El contrato menor[66] es un procedimiento de contratación simplificado aplicable a los supuestos de contratos administrativos de escasa cuantía y que viene definido por la práctica ausencia de procedimiento como tal. Los contratos menores pueden adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación; la libertad del órgano de contratación para seleccionar al contratista es absoluta dentro de los endebles límites marcados de los arts. 111 y 138.3 del TRLCSP.

El informe 14/2014, de 22 de julio de 2014, de la JCCA de Cataluña explica que «la contratación menor únicamente se encuentra justificada por la necesidad de simplificación en determinados supuestos en que debe prevalecer la agilidad para atender necesidades de importe y duración reducidas y, en todo caso, es una figura a la que se puede recurrir únicamente si no se contraviene la normativa en materia de contratación pública y, específicamente, la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos para eludir la aplicación de aquella normativa, recogida en nuestro derecho interno en el art. 86 del TRLCSP y estrechamente relacionada con la utilización de la contratación menor». Parece poco probable que ante un uso tan reiterado del contrato menor pueda salvaguardarse la integridad de la normativa en materia de contratación pública. Como mínimo el efecto útil de las Directivas debe verse bastante debilitado.

Por su parte, el informe 6/2009, de 30 de julio de 2009, de la JCCA de las Islas Canarias da cuenta de los principales rasgos del contrato menor, sinteti-

63 MORENO MOLINA, J.A. (2011: 140-142).

64 RIERA LOPÉZ, M. (2013: 63). En el año 2011, el 86% de los contratos de Andalucía fueron menores

65 MORENO MOLINA, J.A. (2008: 54); MORENO MOLINA, J.A. (2011: 141).

66 VÁZQUEZ MATILLA, J. (2014: 178-179); CANDELA TALAVERA, J.E. (2011: 85-94); RIERA LÓPEZ, M. (2013: 61-68); GRAJAL CABALLERO, I. (2009: 2955-2978); GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2009: 220-222).

zándolos en cinco: la tramitación del expediente solo exigirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente que reúna los requisitos reglamentariamente establecidos y, en el contrato de obras, además el presupuesto de las mismas; no podrán tener duración superior a un año ni ser objeto de prórroga ni de revisión de precios.; no es preciso constituir la mesa de contratación ni tramitar procedimiento de contratación; tampoco se exigen pliegos de prescripciones técnicas ni de cláusulas administrativas particulares; los principios de publicidad y concurrencia no son de obligatorio cumplimiento; y no es posible el fraccionamiento del objeto del contrato con la finalidad de eludir los principios fundamentales recogidos en el art. 1 del Real Decreto Legislativo 3/2011. No resulta demasiado reconfortante saber que la inmensa mayoría de los contratos se adjudican siguiendo un «procedimiento» que tiene por el elemento modular el cumplimiento potestativo de los principios de publicidad y concurrencia.

En aras de una mayor celeridad, flexibilidad y simplicidad, el contrato menor y el procedimiento negociado de cocina española sacrifican demasiados aspectos troncales de la contratación pública. La reducción o anulación de la tensión competitiva provocada por los contratos menores y los procedimientos negociados repercute de forma clara en un aumento del gasto público[67]. Evidentemente, como hemos sostenido a lo largo de estas páginas, la falta de transparencia favorece el riesgo de favoritismo y corrupción. De ahí, la conveniencia de ir mermando el empleo de estas fórmulas procedimentales y armar un verdadero procedimiento simplificado que aúne en su seno flexibilidad, rapidez y garantías[68].

Recuperando la idea que servía de pórtico para el capítulo, el TRLCSP teme el fraccionamiento porque sabe que a través de él se pueden alcanzar los umbrales del procedimiento negociado y el contrato menor. Sin embargo, la LCSP lejos de restringir la aplicación de estas vías, aumentó las cuantías fijadas como

67 Por ejemplo, en relación a la eficaz y eficiente utilización de los fondos públicos, el informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, comprobó que los contratos tramitados a través de procedimientos abiertos experimentaban un descenso medio del 20% en el precio de adjudicación respecto al presupuesto de licitación. Por contra, las variaciones en los procedimientos negociados oscilaban en torno al 1 o el 4%.

68 BLANCO LÓPEZ, F. (2011: 39-41). Blanco acogió muy favorablemente la introducción por la Ley 3/2011, de 24 de febrero, en materia de Contratos del Sector Público de Aragón de la tramitación simplificada dentro del procedimiento abierto. El art. 157 del Proyecto de la nueva LCSP es claro epígono del precedente aragonés.

baremo de acceso a éstas[69]. Al proceder de este modo, el legislador incurrió en cierta bipolaridad o esquizofrenia; a la vez que desaconsejaba implícitamente el fraccionamiento, proporcionaba incentivos a su uso al vincular la cuantía de los contratos al procedimiento negociado. Si no fuera por las excepciones de los arts. 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP, la división en lotes sería totalmente ajena a la problemática del contrato menor y el negociado, sin embargo, no es así; hasta un 20% de los lotes pueden ser adjudicados al margen de la disciplina armonizada. Por eso, existe una fuerte imbricación ahora mismo entre los lotes y las fórmulas de mayor opacidad y menor carga competitiva.

No obstante, el horizonte es más esperanzador. El proyecto de la nueva LCSP abroga la posibilidad del uso del procedimiento negociado, con y sin publicidad, por razón de la cuantía, tal y como demandaba la doctrina desde hacía muchos años. Con ello el procedimiento negociado español se aproxima al diseño legal europeo, como un procedimiento dirigido a atender las especiales circunstancias de algunos objetos contractuales. Era un error del Derecho español presumir que a partir de un umbral resulta aconsejable acudir a la negociación, cuando la necesidad de la misma deriva de las características materiales del objeto del contrato y no de su valor económico. Resituado el procedimiento negociado en las coordenadas que siempre debería haber ocupado, el Proyecto, siguiendo la estela de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, entra a regular un procedimiento abierto simplificado destinado a colmar el permanente vacío de un procedimiento garantista que no renuncia a la agilidad procesal. Por contra, el marco del contrato menor continúa siendo exactamente el mismo, a salvo de un par de detalles que no inciden en el enfoque que estamos abordando. Hubiera sido positivo trasladar al Proyecto el art. 4.2 de la Ley aragonesa. Aunque no altere drásticamente el funcionamiento del contrato menor, la obligación de consultar al menos a tres empresas reduce un poco el automatismo de la adjudicación directa. Posiblemente, la comparación entre las empresas acabará siendo más simbólica que real, pero algo es algo.

Gracias a estas futuras modificaciones legislativas el uso intensivo de los lotes, como exhorta la Directiva 2014/24/UE, acarreará menos riesgos que en el contexto actual, quedando latente el peligro vinculado a los contratos menores. Con todo, actualmente nos hallamos en un periodo de interinidad hasta la definitiva aprobación del Proyecto de la LCSP, por lo que sigue rigiendo el texto del TRLCSP

69 MORENO MOLINA, J.A. (2008: 53-55); GIMENO FELIÚ, J.M. (2008: 39). Tanto Moreno Molina como Gimeno Feliú manifestaron de forma contundente el error de haber incremento los umbrales de aplicación. Al hilo de estos cambios normativos, Gimeno Feliú abogó por suprimir la figura del contrato menor. Esta planteamiento puede seguir identificandose en trabajos posteriores. Véase, GIMENO FELIÚ, J.M (2016: 267-268).

en su redacción vigente al mismo tiempo que la Directiva 2014/24/UE despliega su eficacia directa. Desde que finó el plazo de transposición, los poderes adjudicadores españoles deben priorizar la división de lotes frente a la unidad del contrato. Persistiendo en este momento los procedimientos negociados, con o sin publicidad, por razón de la cuantía puede dar lugar a situaciones conflictivas en combinación con las excepciones a la regla general de cálculo del art. 86.3 del TRLCSP.

En ese sentido, la mejor cautela que podemos adoptar ante los peligros que puedan conjurarse alrededor del fraccionamiento en lotes es aplicar rigurosamente el procedimiento negociado. Reiterando lo ya dicho, el acuerdo 8/2015, de 16 de enero de 2015, del TACPA advierte «que aun por la cuantía, no hay libertad de elección de procedimiento, pues debe motivarse por qué se elige frente a otros procedimientos ordinarios (art. 109.4 TRLCSP). Y como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010 (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, «las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato». Recordar, además, que «la elección del procedimiento de adjudicación por el órgano de contratación, no solo debe resultar conforme a la legalidad, sino que tiene que responder al principio de eficiencia que consagra la Constitución Española en el art. 31, y que acoge el art. 1 TRLCSP. Eficiencia que se consigue promoviendo la publicidad y la concurrencia. Es por ello que el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía no puede ser utilizado si no concurren otras circunstancias que hagan aconsejable que exista negociación[70]». Evitando de forma voluntaria la aplicación de los arts. 14.2, 15.2 y 16.2 del TRLCSP o siguiendo las orientaciones defendidas por las juntas consultivas y los tribunales administrativos de contratación pública, deberían evitarse eventuales perjuicios en la licitación por lotes. Claro que si hasta ahora los entes adjudicadores han hecho caso omiso a estas observaciones, no hay razón para pensar que vayan a cambiar su conducta, por mucho que el Proyecto de la LCSP anuncie el fin de los procedimientos negociados por razón de la cuantía.

III. EL NUEVO SISTEMA DE LICITACIÓN POR LOTES DENTRO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

1. El marco en el que se insertan las novedades de la Directiva 2024/24/UE

La irrupción de la Directiva 2014/24/UE y, en particular, de su art. 46 quedan enmarcadas dentro de un contexto favorable a la promoción de la participación

70 Recomendación 1/2016, de 20 de abril de 2016, de la JCCA de Aragón.

de las PYMES en la contratación pública, así como del empleo de ella como vehículo a través del cual lograr la realización de fines públicos. A pesar de que la última reforma efectuada por la cuarta generación de Directivas[71] ha traído consigo importantes modificaciones en relación al régimen previo[72], el referido art. 46 constituye un claro paradigma de estas novedades, en esencia las bases sobre las que se asienta el procedimiento de adjudicación continúan siendo las mismas que las de la tercera generación. En el aspecto técnico, más allá de la evolución y perfeccionamiento lógicos, fruto de la experiencia acumulada durante el periodo de aplicación de las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, no hay una ruptura con la herencia anterior ni un punto de inflexión radical. En cambio, la concepción u orientación general de la contratación pública sí que ha experimentado una transformación de mayor calado[73]. A modo de ejemplo, la división en lotes constituye un instrumento arraigado en el seno del Derecho de la contratación pública, independientemente del grado de utilización en la práctica. Dejando al margen las variaciones que se han ido produciendo en las reglas de cálculo, la figura de los lotes continúa configurada bajo perfiles similares a los que la venían definiendo. No obstante, sin haber cambiado la técnica en sí, la finalidad subyacente bajo esta sí lo ha hecho.

Tomando de muestra el dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, en él se identificaba como objetivo del fraccionamiento en lotes la diversificación del riesgo de incumplimiento por parte de los contratistas. Dicho dictamen no contiene ninguna alusión a la vinculación entre los lotes y el mejor acceso de las PYMES al mercado de la contratación pública. Tampoco la exposición de motivos de la LCSP anudaba de manera expresa los lotes con el apoyo de las PYMES en su inserción dentro de los procedimientos contractuales, a diferencia de la del Proyecto de la nueva LCSP o el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE. El contraste entre el análisis de los lotes rea-

71 Sobre los motivos de la reforma GIMENO FELIÚ, J.M. (2015: 40-45); GIMENO FELIÚ, J.M. (2013: 39-47); MORENO MOLINA, J.A. (2015a: 109-113); y RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2015: 97-135).

72 CARBONERO GALLARDO, J.M. (2014: 69-73). Carbonero Gallardo sintetiza en diez puntos las novedades del paquete de directivas: mejora de la transparencia en la contratación; mayor calidad de los contratos públicos; reducción de la carga burocrática; potenciar la contratación electrónica; mejor acceso de las PYME a los contratos públicos; mayor flexibilidad en el uso de la negociación; la creación de la figura de la asociación para la innovación; mayor colaboración entre los poderes adjudicadores; subcontratación; y el riesgo operacional y la publicidad comunitaria en relación a la adjudicación de concesiones. Con mayor extensión, MORENO MOLINA, J.A (2015b); y GIMENO FELIÚ, J.M. (2014).

73 BARRIO GARCÍA, G. (2013: 133); GIMENO FELIÚ, J.M. (2014: 31-33).

lizado por el dictamen 69/06 de la Abogacía General del Estado y la valoración que hacen de ellos la Directiva 2014/24/UE y el Proyecto ilustra la trascendencia de la dimensión teleológica de la contratación y cómo su impacto puede llegar a trastocar previsiones normativas ya vigentes, sin necesidad de alterar el tenor literal de las mismas. Con todo, debe hacerse notar que no estamos ante un salto repentino y abrupto, más bien ante la culminación de un proceso iniciado con bastante anterioridad y que ha ido solidificándose gradualmente con el transcurso de los años.

Desde su origen en 1971, las Directivas reguladoras de la materia han enfocado la contratación pública como una herramienta disponible para el logro de objetivos ajenos a la satisfacción de las necesidades que, en sentido estricto, determinan el diseño del objeto contractual. En palabras de Moreno Molina, «los principios de objetividad, transparencia, publicidad y no discriminación, basados en reglas nacionales y comunitarias de naturaleza constitucional, prevalecen hoy de forma incuestionable sobre cualquier otra función de la normativa sobre contratación. Estos principios son en nuestros días el fundamento de todas las reglas públicas sobre contratos públicos y se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, tanto preparatorias como ejecutorias»[74].

Inicialmente, este papel estratégico se restringía al desarrollo del mercado interior y de las libertades que lo definen[75]; sin embargo, con el tiempo, sin renunciar a la primera meta, fueron incorporándose otras aspiraciones adicionales, susceptibles de aprovechar los beneficios que ofrece el soporte de la contratación pública. De ese modo, la vertiente finalista de la contratación pública ha ido ampliando su alcance a otras áreas como las correspondientes al medio ambiente, las políticas sociales, la innovación, o el apoyo al sector de las PYMES (si bien esta última está interrelacionada con todas las demás, incluidas la apertura del mercado interior y el fomento de la concurrencia competitiva). En ese sentido, cabe identificar dos fases en relación a estos objetivos: una primera donde se reconoce la virtualidad de la contratación pública para alcanzar o coadyuvar en el desarrollo de políticas públicas; y una segunda en la cual constatada la posibilidad, se alienta enérgicamente a emplear tal virtualidad de forma efectiva[76].

74 MORENO MOLINA, J.A. (2015a: 108-109). Véase, también HUERGO LORA, A. (2005: 234).

75 CHINCHILLA MARÍN,C. (2011: 34-36); GIMENO FELIÚ, J.M. (2006: 23-29); MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015: 391-407).

76 Apunta en esa dirección la Nota Informativa 2/2014, de 9 de mayo de 2014, de la Secretaría Técnica de la JCCA de Cataluña al decir que «de hecho, hay que entender que las previsio-

La Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998, encajaría con esa primera fase. En ella, la Comisión aprecia el efecto sinergia que puede producirse entre la contratación pública y otras políticas comunitarias, e incluso parece afirmar la conveniencia de activarlo, pero el tono predominante de la Comunicación es más expositivo que conminatorio. Pone en conocimiento a los poderes adjudicadores la existencia de las opciones disponibles conforme al marco comunitario del momento, pero deja a su arbitrio utilizarlas o no. Solamente en relación a las PYMES la comunicación adopta una postura algo más expeditiva; así se trasluce cuando sugiere la implantación de medidas concretas desde la que aumentar su participación en la licitación. Sin embargo, más que apoyar una política activa destinada al auxilio de las PYMES, la preocupación latente en la Comunicación estriba en el escaso número de proveedores que acuden a los procedimientos de adjudicación y, por ende, el bajo grado de eficacia que presentaba en ese momento la regulación armonizada de cara a modificar los viejos patrones.

Por su parte, las comunicaciones interpretativas de la Comisión fechadas en el año 2001, de 4 de julio y de 15 de octubre, que estudiaban las diversas líneas de acción para integrar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, de acuerdo con la legislación comunitaria vigente en aquel momento, continuaron en la línea, ahondado en lo que aparecía simplemente esbozado en la Comunicación anterior. Una diferencia respecto a la Comunicación de 11 de marzo de 1998 es el mayor respaldo del que gozan en comparación. Así, la Comunicación de 7 de abril de 2001 conecta su contenido con la Propuesta de la Comisión sobre el Sexto programa de acción en materia de medio ambiente, correspondiente al periodo abarcado desde el año 2001 hasta el 2010. También es el caso de la Comunicación de 15 de octubre 2001, cuya introducción alude a la Agenda de política social, adoptada con ocasión del Consejo de Niza de diciembre de 2000, y al Tratado de Ámsterdam de 1997. Toda esta serie de documentos contribuyeron a reforzar favorablemente la visión estratégica de la contratación pública como vía aceptable en el desarrollo de políticas públicas concretas. No obstante, ambas comunicaciones seguían sin instar a su uso expresamente. Al

nes en relación con los lotes introducidas en la Directiva 2014/24/UE no hacen sino confirmar la viabilidad jurídica y la conformidad a Derecho comunitario de las posibilidades que, en relación con la división del objeto de los contratos en lotes, ya se dan en la actualidad; de manera que las previsiones al respecto de la Directiva no implican nuevas posibilidades para los poderes adjudicadores, sino únicamente su mención explícita para «animar a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes con la finalidad de aumentar la competencia y facilitar la participación de las PYME en la contratación pública». Lo esencial de la segunda fase no es tanto la incorporación de innovaciones, como el hecho de espolear a utilizar aquello de lo que ya se disponía.

igual que la Comunicación anterior del año 1998, a la cual completaban, la intención era ilustrar a los poderes adjudicadores de los Estados miembros acerca del amplio abanico de posibilidades accesibles y que fueran estos quienes tomaran la decisión de servirse de tales mecanismos.

Circunscribiendo el foco de atención en torno al ámbito de las pequeñas y medianas empresas, la UE siempre ha mostrado interés por ellas en relación a la contratación pública, como atestigua la reiteradamente citada Comunicación de la Comisión Europea, de 11 de marzo de 1998. En un sentido más amplio, no solo referido a la contratación pública, la declaración del año 1983 como «año europeo de la pequeña y mediana empresa» o el impulso del programa de acción para las pequeñas y medianas empresas presentado por la Comisión Europea y aprobado por el Consejo, en su resolución de 3 de noviembre de 1986, acreditan la persistente fijación de la UE por las PYMES en el marco de sus políticas. Sin embargo, no es hasta la aprobación de la tercera generación de Directivas pertenecientes al ramo cuando de verdad se adquiere una actitud más decidida a la hora de abordar esta cuestión dentro de la contratación pública. Aunque las PYME pudieran beneficiarse de otras disposiciones de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, la única mención directa a ellas se halla en el considerando 32, que animaba a establecer previsiones acerca de la subcontratación en las legislaciones nacionales. Por contra, la Directiva 2014/24/UE hace especial énfasis en la situación en la que se encuentran las PYME dentro de los sistemas de contratación pública. De nuevo, la coyuntura del pasado y la del presente proyectan respectivamente dos imágenes bastante dispares la una con la otra. Justamente, la inquietud comunitaria por el tema crece de forma exponencial durante el intervalo que media entre la aprobación de la Directiva 2004/18/CE y su sucesora, la Directiva 2014/24/UE.

En el año 2008 surgieron varias iniciativas relevantes en el contexto de la ayuda a las PYME: la *Small Business Act for Europe* (SBA)[77], inspirada en la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de junio de 2008, denominada «Pensar primero a pequeña escala»; y el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos», aprobado el 25 de junio de 2008. Sin poseer carácter vinculante, el Código alentaba a superar los problemas derivados del tamaño de los contratos fomentando la división en lotes del objeto de los contratos, siempre que ello resulte

77 En el año 2014, se abrió el plazo de consulta pública para la elaboración de nueva SBA. No estamos ante un episodio aislado en la historia de la Unión Europea sin visos de proseguir en el futuro.

posible. Esta invitación por parte de la Comisión a descomponer los contratos en lotes es una clara emanación del principio «pensar primero a pequeña escala». No pasa inadvertido que la sugerencia del Código ha acabado positivándose en el art. 46 de la Directiva 2014/24/UE. En gran medida, la simiente de las últimas reformas comunitarias en todo aquello atinente a las PYMES se halla en estos dos proyectos.

A su vez, la Estrategia Europea 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010, ha sido otro de los grandes motores en la redacción de las nuevas Directivas. La Estrategia Europea 2020 persigue de forma prioritaria un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, es decir, el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; la promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva; y el fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial. Lejos de representar dos factores aislados e inconexos, la Estrategia Europea 2020 y las medidas destinadas a apoyar a las PYME confluyen en numerosos puntos[78]. En palabras de la Comisión Europea[79], las PYMES «son la espina dorsal de la economía europea, contribuyendo de manera significativa a la innovación, el crecimiento y la creación de empleo. En la UE unos 20,7 millones de PYME emplean al 67% de los trabajadores del sector privado. Un reciente estudio ha puesto de manifiesto que el 85% de la creación neta de puestos de trabajo en la UE entre 2002 y 2010 es atribuible a las PYME. Ello indica claramente su importancia para el crecimiento económico y creación de empleo en Europa». Resulta complicado imaginar cualquier transformación ambiciosa de la economía que no pase necesariamente por las pequeñas y medianas empresas a la vista de su enorme peso en ella.

Como es lógico, el Libro Verde sobre la Modernización de la Política de Contratación Pública de la Unión Europea, de 27 de enero de 2011, reflejó las tendencias emergentes en el momento y, a su vez, estas acabaron teniendo eco finalmente en el nuevo paquete de Directivas sobre contratación pública. La

78 La Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 23 de febrero de 2011, al realizar una visión de conjunto de los dos años de aplicación de la actual SBA, concluyó que seis de los siete iniciativas emblemáticas de la Estrategia Europea 2020 contribuyen favorablemente al logro de los fines de la SBA. Por esa razón, recomienda integrar la SBA en la Estrategia Europea 2020. De hecho, la Directiva 2014/24/UE constituye uno de esos puntos de encuentro entre la SBA y la Estrategia Europea 2020.

79 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Normativa inteligente: responder a las necesidades de las pequeñas y medianas empresas», de 7 de marzo 2013.

Directiva 2014/24/UE en su segundo considerando asimila los planteamientos esbozados por la Estrategia Europea 2020 y manifiesta su voluntad de desarrollarlos por medio de los resortes que pone a su disposición el sector de la contratación pública. Precisamente, la mayor accesibilidad de las PYME a los mercados de contratación pública figura entre los campos que han de actualizarse y renovarse a raíz de la implantación de la Estrategia Europea 2020, según el considerando 2 de la Directiva. Asimismo, el considerando 78 alienta a los poderes adjudicadores a utilizar el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» y asimila con carácter normativo parte de sus recomendaciones en el art. 46. A este hay que sumar el considerando 124 que destaca el potencial que poseen las PYME para la creación de empleo, el crecimiento y la innovación; aspecto que justifica las medidas de fomento promovidas.

En definitiva, estos y otros considerandos dejan patente el contexto que ha rodeado la elaboración y aprobación de la Directiva 2014/24/UE, contexto del que cabe esperar una mayor profundización a lo largo de los años venideros. Con ella la UE entra de lleno en la segunda fase a la que aludíamos páginas atrás; la Directiva 2014/24/UE en vez de limitarse a exhibir un catálogo de posibilidades vinculadas a la vertiente finalista de la contratación pública, mantiene un tono marcadamente proactivo, llegando incluso a preceptuar imperativamente parte de lo que eran hasta ahora recomendaciones. Así la división en lotes no es ya una fórmula voluntaria a disposición de los entes adjudicadores, sino la regla general de las licitaciones. De hecho, el apdo. 4 del art. 46 de la Directiva permite a los Estados miembros excluir completamente cualquier modalidad de adjudicación diferente a la de los lotes separados, sí así lo establecen en su legislación propia y bajo unas condiciones respetuosas con el Derecho nacional y el Derecho de la Unión Europea. Aunque la Directiva no llega a señalar ningún supuesto concreto, desplazando esa decisión a los Estados miembros, la sola existencia de esta facultad legislativa, capaz de anular la tradicional discrecionalidad de los entes adjudicadores en el diseño del objeto del contrato y las prestaciones que lo componen, corrobora sin lugar a dudas la firme apuesta que ha hecho la UE en aras de la Estrategia Europea 2020 y la ayuda a las PYME.

Por último, situados a nivel nacional, la trayectoria dibujada por las leyes 11 /2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, o el Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Consejo Estatal de la pequeña y la mediana empresa, respalda

los cambios que pretende introducir el Proyecto de la nueva LCSP en materia de PYMES y constituye una pauta interpretativa conforme al art. 3.1 del Cc[80].

2. La regulación de los lotes en la Directiva 2014/24/UE y en el proyecto de la nueva Ley de Contratos del Sector Público

A lo largo de las presentes páginas hemos ido anticipando diversos aspectos de la Directiva 2014/24/UE y de la regulación general del Proyecto de la nueva LCSP, sin embargo, no dejaban de ser pinceladas dispersas. El objeto de este epígrafe queda dedicado de forma monográfica al examen de las innovaciones efectuadas por estas normas en el campo de los lotes. Empezando por el art. 46 de la Directiva 2014/24/UE, su apdo. 1, al que ya hemos hecho referencia repetidamente, consagra una presunción *iuris tantum* en favor de la subdivisión en lotes de los contratos. Con ello se ha interiorizado el principio «cumplir o explicar», sugerido desde el Parlamento Europeo a la Comisión[81], que se traduce en la obligación de respetar la pauta marcada con carácter preferente en la normativa o en caso contrario explicar por qué no se ha seguido. Igualmente, el art. 46.1 es trasunto de la primera orientación con la que se abre «el Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYME a los contratos públicos». Hay que aclarar que este primer apartado no posee un sesgo proteccionista, pues la división en lotes no proporciona por sí misma ninguna ventaja competitiva favorable a las pequeñas y medianas empresas en detrimento de las grandes. Si la oferta presentada por un operador económico de escala superior se reputa como la más ventajosa económicamente, esta seguirá alzándose con la adjudicación del lote, sin que exista óbice alguno que lo impida. Descomponer en lotes los contratos no entraña la creación de un espacio reservado enteramente a la pequeña y mediana empresa, simplemente les da cabida en procedimientos que de licitarse de manera conjunta, no serían capaces de abarcar, al sobrepasar los medios o el grado de especialización que posean por razón de su tamaño.

La aproximación de los contratos públicos al ámbito de la pequeña y mediana empresa desde el plano cuantitativo y cualitativo no acarrea especiales in-

80 El informe 12/15, de 6 de abril de 2016 de la JCCA reinterpreta el criterio que había mantenido previamente la Junta en relación al art. 86.3 del TRLCSP, apelando al nuevo contexto normativo surgido tras las diferentes iniciativas nacionales y europeas realizadas en pos de un mayor soporte institucional hacia el emprendimiento y, por ende, a las PYME. Parece una postura sensata desde una visión integradora del ordenamiento jurídico, que no considere cada norma como una isla perdida en el vasto océano.

81 Véase, la Resolución de 25 de octubre de 2011, sobre la modernización de la contratación pública, del Parlamento Europeo.

convenientes a los entes adjudicadores por regla general y, en contraposición, redunda en una mayor concurrencia competitiva que, a su vez, dota de opciones adicionales plenamente operativas a la hora de seleccionar la mejor oferta. Unas opciones que en condiciones ordinarias, bajo el sistema integral, no hubieran podido ser evaluadas por no disponer de ellas al no haber sido siquiera presentadas. En el hipotético caso de que la competencia se viera restringida a causa del fraccionamiento en lotes; o que la división convirtiera la realización en algo muy complejo u oneroso; o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes supusiera el riesgo de socavar la adecuada ejecución del contrato, el segundo párrafo del apdo. 1 del art. 46 permite apartarse de la regla general en supuestos como estos, siempre y cuando se expresen de manera motivada en los pliegos de la contratación o en el informe específico del art. 84 de la Directiva. A través de esta previsión los poderes adjudicadores cuentan con la suficiente flexibilidad para apartarse de la licitación por lotes, no imponiendo una solución que podría ser muy gravosa para los intereses públicos en juego, pero lo suficientemente constreñida para que no se infrautilice el sistema de lotes. El requisito de motivación debe satisfacer de forma real y no meramente nominal.

El art. 99 del texto inicial del anteproyecto de la LCSP se apartaba formalmente del tenor literal del art. 46.1 de la Directiva 2014/24/UE por un pequeño, aunque relevante, matiz. El encabezamiento del apdo. 4 del art. 99 empezaba así: «cuando el órgano de contratación decida motivadamente proceder a la división en lotes del objeto del contrato». El empleo de la palabra «motivadamente» constituía una particularidad de la adaptación española. El art. 46.1 de la Directiva únicamente habla de justificar la no división, pero no al contrario. No obstante, la discordancia no era tan profunda como transmite una lectura superficial. El considerando 78 de la Directiva dice que «el poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial». Por lo tanto, independientemente de si se mantiene la integridad del contrato o se subdivide en lotes, los poderes adjudicadores nunca están dispensados de desarrollar un análisis prospectivo que permita esclarecer de forma ajustada al caso concreto la conveniencia de adoptar un modelo u otro en la licitación. Aunque el art. 46.1 no señale explícitamente la necesidad de efectuar este juicio cuando se divida en lotes, ello no exonera a los poderes adjudicadores de recabar información y datos concretos acerca de cada una de las opciones.

El concepto de Estado de Derecho implica que el único poder legítimo en su ejercicio específico es aquel que se presente como resultado de una voluntad racional, el que demuestre en cada caso que cuenta con razones justificativas.

Con contundencia, García de Enterría afirmó que «el simple porque sí queda formal y solemnemente erradicado en nuestro sistema jurídico político»[82]. De ese modo, de la configuración del Estado como un Estado de Derecho dimana una obligación inexcusable de aportar razones justificativas de todas y cada una de las decisiones de los poderes públicos, cobrando mayor intensidad esta exigencia en relación a los actos discrecionales. Visto desde ese punto de vista, la motivación es un aspecto consustancial a toda actuación del sector público y decantarse por seguir la regla general también demanda una mínima reflexión. Con todo, la decisión de eliminar la palabra «motivadamente» del enunciado del art. 99.4, adoptada en la redacción del Proyecto de la LCSP resulta más acertada. La anterior redacción podía generar una falsa sensación de equiparación entre el tradicional sistema integral y la división en lotes, pese a que la cuarta generación de Directivas claramente apuesta de forma prioritaria por los lotes, en consonancia con sus objetivos propios[83]. De conformidad con el art. 46.1, la exigencia formal y cualificada de motivación solo cabe predicarse de la unidad del contrato y lo lógico es que la nueva Ley de Contratos del Sector Público sea consecuente con lo establecido a nivel comunitario.

Otra diferencia del Proyecto respecto a la Directiva se encuentra en su art. 99.3. Como hemos dicho, el art. 46.1 de la Directiva 2014/24/UE en su segundo párrafo faculta a los poderes adjudicadores para mantener la unidad del contrato mientras expongan las razones de esa determinación, sin llegar a indicar en el articulado algún ejemplo de razones consideradas válidas a efectos del artículo. En cambio, el apdo. 3 del art. 99 del Proyecto individualiza, *numerus apertus*, varios supuestos aceptados como válidos por la norma: el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la división en lotes del objeto del contrato conllevara el riesgo de restringir la competencia; el hecho de que, a juicio del órgano de contratación, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultaran la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la nece-

82 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2011a: 504).

83 Varias federaciones y organizaciones empresariales (la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos) manifestaron una opinión muy crítica en relación con el art. 99 del Anteproyecto. Desde su punto de vista, la conjunción de los apdos. 4 y 5 del precepto tienden a favorecer a los grandes operadores en perjuicio de las PYMES, provocando, de facto, el mantenimiento de la situación precedente por la que unas pocas empresas tienden a concentrar las adjudicaciones.

sidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluraliad de contratistas diferentes. Empero, realmente no puede decirse que el legislador español sea muy original; el art. 99.3 se limita a transponer el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE. Al margen de las salvedades subrayadas, el art. 99 reproduce en su seno el contenido del art. 46.1.

Pasando a examinar los siguientes apartados del art. 46 de la Directiva, el segundo de ellos regula el eventual establecimiento de limitaciones al número máximo de lotes para los que puede presentar ofertas un licitador y al número máximo de lotes de los que puede resultar adjudicatario un solo licitador. La determinación de estas restricciones a las ofertas o adjudicaciones han de precisarse en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés. Los poderes adjudicadores indicarán en los pliegos de la contratación los criterios o normas objetivos y no discriminatorios que se proponen aplicar para determinar qué lotes serán adjudicados, en caso de que la aplicación de los criterios de adjudicación pueda dar lugar a que a un solo licitador se le adjudique un número de lotes superior al máximo indicado. En este punto, el Proyecto sigue con fidelidad la pauta de la Directiva. El art. 99.4 autoriza a limitar el número de lotes para los que un mismo candidato o licitador puede presentar oferta o a limitar el número de lotes que pueden adjudicarse a cada licitador, previa justificación en el expediente. Cuando el órgano de contratación considere oportuno introducir alguna de estas limitaciones, así deberá indicarlo expresamente en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Cuando se introduzca la limitación relativa al número máximo de lotes posibles a adjudicar en favor de un mismo licitador, además, deberán incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares los criterios o normas que se aplicarán cuando, como consecuencia de la aplicación de los criterios de adjudicación, un licitador pueda resultar adjudicatario de un número de lotes que exceda el máximo indicado en el anuncio y en el pliego. Estos criterios o normas en todo caso deberán ser objetivos y no discriminatorios.

No es la primera vez que el Derecho de la Unión Europea contempla esta clase de prerrogativas asociadas a los poderes adjudicadores; aun cuando la Directiva 2004/18/UE no hacía un reconocimiento directo de esta facultad, resultaba posible inferirla indirectamente del Anexo VII.A de la Directiva 2004/18/UE[84], así como su conformidad respecto a la normativa comunitaria. Entre los

84 La obligación de indicar en el anuncio de licitación la posibilidad de licitar por uno, varios o todos los lotes ha sido una constante en las Directivas sobre contratación pública. Puede comprobarse esta afirmación revisando los siguientes anexos: el Anexo IV de la Directi-

contenidos que debían formar parte del anuncio de licitación según dicho anexo, se incluyó la determinación del número de lotes por los que podían licitar los operadores económicos, cuando el contrato estuviera dividido en lotes. Eso sí, el paraguas proporcionado por la generación anterior de Directivas solamente cubría la restricción en relación a las ofertas, no así la de las adjudicaciones[85]; ese último aspecto sí constituye una genuina incorporación de la Directiva 2014/24/UE. Lo cierto es que tampoco para el Derecho español representan algo inédito estas previsiones. Los apdos. 5.a, 6.a[86] y 7.a del art. 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGCAP)[87], especifican que la posibilidad de licitar, en su caso, por la totalidad del objeto del contrato o por los lotes que se establezcan es un dato que ha de incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de suministros y servicios. A la lectura de estos preceptos hay que añadir la del Dictamen 69/06, de 28 de julio de 2006, de la Abogacía General del Estado, especialmente aclaratorio al hilo de esta cuestión. Ante las desavenencias interpretativas manifestadas entre quienes concebían a los apdos. 5.a, 6.a y 7.a del art. 67 del Real Decreto 1098/2001 como una facultad de elección en favor de los contratistas, y aquellos que los veían, por contra, como una facultad de decisión atribuida a la parte contratante, el Dictamen se decantó por la segunda corriente basándose en cuatro argumentos: la literalidad del precepto; su coherencia con la finalidad a la que responde la segmentación en lotes; las premisas sobre las que asienta la técnica de la división; y su mayor coincidencia con el modelo de anuncio de li-

va 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993; Anexo IV de la Directiva 97/52/CE del Parlamento y del Consejo, de 13 de ocubtre de 1997; Anexo XII de la Directiva 98/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998; y Anexo XIII de la Directiva 2004/17/CE.

85 A mayor abundamiento, el «Código Europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las PYMES a los contratos públicos» advertía a los poderes adjudicadores que, aun estando autorizados a acotar el número de lotes por los que los licitadores pueden presentar ofertas, no debían hacer uso de esa facultad de manera que alterara las condiciones de competencia leal. Que la orientación no aborde al mismo tiempo las restricciones a las adjudicaciones, siendo los riesgos para la competencia los mismos, únicamente puede explicarse partiendo de la ausencia de amparo normativo en la Directiva 2004/18/UE para el ejercicio de esa prerrogativa.

86 Téngase en cuenta que este fue derogado por el Real Decreto 773/2015, por el que se modifica el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

87 Exactamente, la primera disposición normativa española que esbozó esta posibilidad fue el art. 244.8 del derogado Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre.

citación y adjudicación de contratos para la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), que marcaba el Anexo VIII del RGCAP.

Al igual que la Directiva 2004/18/CE, la norma española desde su dicción literal sólo aprueba los límites a la presentación de ofertas. Citando al Dictamen 69/06, «a diferencia de lo que ocurre con el supuesto anterior (establecimiento de limitaciones a la posibilidad de licitar), el establecimiento de limitaciones a la posible adjudicación de varios lotes a un mismo empresario no cuenta con ninguna previsión normativa que lo ampare. Ni el TRLCAP (actualmente el TRLCSP) ni en el RGCAP se contiene precepto alguno que pueda justificar la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de requisitos o condiciones que impidan adjudicar a un mismo contratista varios lotes de un mismo contrato» y «ello por cuanto que, así como las limitaciones a la posibilidad de licitar a todos los lotes operan con objetividad en la fase inicial del procedimiento de contratación [...], el establecimiento de requisitos o condiciones que impidan a los empresarios admitidos a la licitación resultar adjudicatarios de más de un lote implicaría desechar proposiciones válidamente presentadas y admitidas a la licitación sobre la base de criterios que no cuentan con ningún apoyo normativo».

Aun aprobada la Directiva 2014/24/UE, el TACRC continuó rechazando las cláusulas que imponen un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados a un mismo contratista. En ese sentido, las resoluciones 803/2014, de 31 de octubre de 2014, y 394/2015, de 24 de abril de 2015, ratificaron el criterio mantenido por la Abogacía General en el Dictamen 69/06 y partiendo desde él fundaron su rechazo, al considerar que el efecto interpretativo de las nuevas Directivas no era suficiente para ampliar el alcance por encima de las limitaciones fijadas por la Directiva 2004/18/CE y el art. 67 del Real Decreto 1089/2001[88]. Una vez expirado el plazo de transposición, lo más lógico es que la postura del TACRC varíe en futuras resoluciones. Con todo, en vinculación a los acuerdos marco sí ha llegado a defenderse la admisibilidad de restricciones a la adjudicación, por lo cual no estamos ante una técnica totalmente desconocida por el ordenamiento jurídico pasado.

El enunciado del apdo. 3 del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE podría resumirse en dos palabras: oferta integradora. Los Estados miembros podrán dis-

88 En sentido contrario, los informes 19/2014, de 17 de diciembre, y 1/2016, de 6 de abril, de la JCCA de Cataluña sostuvieron que estas previsiones eran plenamente aplicables incluso antes de haber finalizado el plazo de transposición de la Directiva. Donde no distinguen los informes, no cabe distinguir, ergo, para la JCCA de Cataluña ya era posible acotar un número máximo de lotes susceptibles de ser adjudicados al mismo licitador.

poner que, en caso de que pueda adjudicarse más de un lote al mismo licitador, los poderes adjudicadores estén facultados para adjudicar contratos que combinen varios lotes o todos los lotes cuando dichos poderes hayan especificado, en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés, que se reservan dicha posibilidad, y hayan indicado los lotes o grupos de lotes que puedan combinarse. En puridad, un apartado como este requeriría de un acto de transposición expreso, al faltar en él la nota de incondicionalidad a la que se supedita el despliegue del efecto directo de las Directivas[89]. Sin embargo, la oferta integradora es un mecanismo de amplio uso en la práctica española, de modo que ya es compatible con el vigente marco jurídico y, en principio, no sería imprescindible uno nuevo para hacer uso de esta técnica en los términos del art. 46.3 de la Directiva[90].

Cabe definir la oferta integradora «como aquella que permite presentar una proposición simultánea a varios o a todos los lotes licitados-según se establezca en el pliego-de modo que se permita seleccionar la mejor oferta (individualmente o integrada), incorporando un elemento de comparación real y objetivo»[91]. De cara a conseguir ese efecto comparativo, la posibilidad de plantear una oferta integradora ha de conllevar correlativamente para el licitador la obligación de presentar una oferta individualizada a cada uno de los lotes que componen aquella. De ese modo, el contrato se adjudicará a la oferta del licitador que, respecto al conjunto de la totalidad de los lotes integrados, resulte ser la más ventajosa o, en cambio, se adjudicará por lotes individualizados, al representar la suma de todos ellos un resultado más beneficioso en los términos previstos en el pliego. En cierto sentido, la admisión de la oferta integrado hibridiza el procedimiento de contratación al conjugar la división en lotes y el sistema integral, representado por la oferta integradora, en la búsqueda de la oferta económicamente más ventajosa.

89 Véase el informe 17/2015, de 3 de diciembre de 2015, de la JCCA de Aragón.

90 El documento de trabajo sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público, presentado y aprobado el de 1 de marzo de 2016, por los diversos tribunales administrativos de contratación pública de España, abona esta tesis. Uno de los ejemplos que exponen es el art. 5 del Real Decreto 541/2001, de 18 de mayo, por el que se establecen determinadas especialidades para la contratación de servicios de telecomunicaciones

91 El informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón realiza una descripción y un estudio muy detallados de la figura de la oferta integradora. Este informe ha servido de modelo para otras instancias, como denota la resolución 291/2015, de 30 de marzo de 2015, del TACRC. Por ese motivo, las ulteriores consideraciones sobre la oferta integradora se extraerán primordialmente de esta fuente.

En palabras de la JCCA de Aragón, el concepto de «oferta integradora», aunque no encaja exactamente con el de variante[92] —al no conllevar una solución técnica alternativa—, ni con el de mejora — pues no incorpora prestaciones adicionales a una oferta base— tiene mucho en común con estos mecanismos que permiten la presentación de proposiciones simultáneas; se trata, en suma, de una reformulación de la proposición económica, que posibilita la revalorización de la oferta aplicando los criterios de valoración que se establezcan, criterios que deberán ser los mismos que se apliquen a las ofertas individualmente consideradas, de modo que puedan ser objetivamente comparadas. Igual que las variantes y las mejoras, la oferta integradora también constituye una excepción a la prohibición general del art. 145.3 del TRLCSP, que se opone a la presentación simultánea de varias ofertas por una mismo licitador. La «oferta integradora» debe tener en nuestro sistema una consideración jurídica similar a la de las variantes o mejoras, por lo que aunque no esté dotada de desarrollo reglamentario general, puede ser directamente contemplada en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de contratos cualquier tipología –independientemente de si se tratan de servicios de telecomunicaciones o no– en los términos del art. 147 TRLCSP, precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.

En lo que respecta a los presupuestos habilitadores de la oferta integradora, la JCCA de Aragón reputa básicos: la autorización expresa para su presentación por el órgano de contratación, previa justificación en el expediente de la idoneidad y ventajas que para el interés público reporta su incorporación; la previsión explicita en el pliego y en los anuncios, detallando con precisión los requisitos mínimos y modalidades de presentación; la utilización de varios criterios de adjudicación, al ser este un requisito exigido por el art. 147 TRLCSP para la presentación de variantes o mejora; todos los requisitos técnicos exigidos en los pliegos para cada lote serán de obligado cumplimiento por las ofertas integradoras; el carácter potestativo de su presentación para los licitadores, pues, en caso contrario, quebraría el propio principio de defensa de la competencia que quiere preservarse mediante la división en lotes del objeto del contrato; por el mismo motivo, todo licitador que desee presentar una «oferta integradora», deberá necesariamente presentar una oferta individual válida a cada uno de los lotes que integren aquella; cada licitador solo podrá presentar una «oferta integradora» en función de los lotes autorizados a ser integrados (no puede existir simultaneidad de «ofertas integradoras» referidas a los mismos lotes); la identidad de

92 Prueba de esta ambigua naturaleza es el informe 155/2013, de 18 de abril de 2013, del TACRC, que dio a la oferta integradora el tratamiento de variante.

los criterios de adjudicación que se apliquen para valorar los lotes individualmente considerados y los lotes integrados en la oferta conjunta, y la identificación en el pliego sobre qué criterios se permite la presentación de una «oferta integradora»; el pliego deberá contener la ponderación asignada a cada lote según su importancia relativa, de modo que se posibilite la comparación objetiva; y por último, para que el contrato se adjudique a una «oferta integradora», ha de garantizarse en la valoración que es más ventajosa (según los criterios de adjudicación que se apliquen) que la suma ponderada de las mejores ofertas individualmente consideradas y, en todo caso, es requisito indispensable que iguale o mejore individualmente la puntuación obtenida en cada uno de los lotes integrados a la obtenida por la oferta individual presentada por el mismo licitador.

La regulación del art. 99.5 del Proyecto de la LCSP hereda nítidamente el grueso de esta doctrina; si en algún extremo el Proyecto llega a desmarcarse de lo expuesto en el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón, es más por falta de detalle en la redacción que por la existencia real de una voluntad tendente a diseñar nuevas reglas. Todas las letras del art. 99.5, de la A) a la D), aparecen en el informe 11/2013, pero a la inversa no sucede lo mismo, no todo el contenido del informe figura en el precepto. Resultaría aconsejable para la redacción definitiva colmar algunas de esas omisiones. Por ejemplo, la necesidad de justificar la idoneidad y ventajas de la admisión de la oferta integradora de acuerdo al interés público. Siendo que la división en lotes se ha impuesto como regla general en la contratación, no parece lo más adecuado aceptar de plano una fórmula, la oferta integradora, que deshace en parte o en todo, según el caso, los efectos del fraccionamiento, al abrir la puerta a la unidad del contrato. Con una modificación de este tipo se mitigarían las objeciones lanzadas desde varias federaciones y organizaciones empresariales[93]. Otros aspectos de la oferta integradora, tales como los criterios de adjudicación o los requisitos técnicos, están mejor perfilados en el informe y resultaría conveniente pulir su redacción un poco más.

Finalmente, el art. 46.4 de la Directiva 2014/24/UE da carta blanca a la creación por el legislador nacional de verdaderas presunciones *iure et iure* en favor de la división del contrato. Como ya hicimos referencia, el Proyecto no contiene ninguna cláusula que haga aprovechamiento de la opción del art. 46.4. Con vistas al futuro, la praxis que se desarrolle a partir de ahora puede ser una guía útil para establecer más adelante algún supuesto imperativo de descomposición

93 Entre ellas, la Federación Española de Hostelería, las Asociaciones, Federaciones y Empresas de Limpieza Nacionales, la Asociación Nacional de Empresas de Control de Plagas, la Federación Empresarial Española de Seguridad y la Confederación Nacional de Asociaciones de Instaladores y Fluidos.

en lotes, en función de las fortalezas y debilidades que hayan podido detectarse durante la experiencia práctica.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES ANTE EL NUEVO HORIZONTE CONTRACTUAL

Cada vez que se anuncia la llegada al Derecho de un gran cambio, al mismo tiempo, con la noticia surge la sombra de la incertidumbre. Desde la primera generación de Directivas en materia de contratación pública, el objetivo prioritario ha sido la supresión de las barreras formales y materiales que obstaculizan a los potenciales licitadores de los Estados miembros acudir con éxito a procedimientos convocados dentro de todo el territorio de la Unión Europea. Pese a la indudable contribución de las Directivas a la mejora de los mercados europeos de contratación pública, los beneficiarios de esos avances han sido eminentemente los licitadores nacionales. De acuerdo a los datos de los que dispone la Comisión, el 98% de los contratos adjudicados con arreglo a las pautas marcadas por las Directivas fueron a parar a licitadores del mismo país que impulsaba el procedimiento de contratación (aproximadamente un 96% del valor total)[94].

Calificar de estériles los esfuerzos de las Directivas por no haber alcanzado uno de sus grandes objetivos, quizás el principal, sería un error considerable. No deben desvalorizarse los logros conseguidos en las legislaciones nacionales gracias a su influjo. Parafraseando a Robert Schuman, el mercado interior de la contratación pública no se hará de una vez, se hará por medio de realizaciones concretas. Paso a paso hasta la luna se llega a conquistar. Cuando se mencionan esta clase de estadísticas no hay ninguna intención de alentar la desazón, el propósito subyacente bajo el recordatorio es simplemente preventivo. La experiencia de estos años nos ha enseñado a ser cautos; no resulta fácil eliminar inercias arraigadas profundamente durante décadas, a veces incluso siglos, en la práctica administrativa. Algunas transformaciones que prometían trastocar de arriba abajo nuestra forma de entender el Derecho, han acabado asemejándose al Gatopardo: todo debe cambiar para que nada cambie. La cuarta generación de Directivas no está exenta de estos riesgos que han atravesado sus predecesoras. En particular, el art. 46 de la Directiva 2014/24/UE, en conjunción con otros preceptos de

94 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: resumen de la evaluación de impacto que acompaña al documento Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación pública y Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (SEC 2011, 1586 final, p. 3).

la misma, plantea una de las modificaciones más ambiciosas hasta la fecha, incidiendo sobre patrones básicos de la contratación. Una aspiración tan elevada y tan rupturista con relación a las prácticas más frecuentes de la contratación pública, particularmente en el caso español, es muy probable que encuentre cierta resistencia a su paso. Los poderes adjudicadores que deberán dar alas al cambio legislativo para que alce el vuelo, tal vez terminen siendo quienes se las corten.

A fin de cuentas, el art. 46 se enfrenta con uno de los enemigos más poderosos de todo cambio normativo: la costumbre. El sector público español está habituado a un modelo de relaciones bilaterales entre el contratista y el ente adjudicador; por contra, la división en lotes obliga a seguir un enfoque multilateral. A la hora de supervisar la realización de una prestación hay más operadores y más puntos de interés a los que prestar atención. De este enfoque se colige, al menos en teoría, para el sector público una nueva forma de relacionarse e interactuar con los contratistas. Confeccionar el objeto de los lotes supone un desafío considerable cuando no se ha pensado en pequeño hasta ahora, o si cuando se ha hecho ha sido más con objeto de eludir requisitos de publicidad o procedimiento. Acomodados en las prácticas del sistema integral, basado en la unidad del contrato, crear nuevas rutinas de trabajo y superar al mismo tiempo las viejas querencias puede representa una tarea hercúlea. Nos aguardan meses de ensayo y error hasta encontrar las fórmulas más óptimas. Dado que el art. 46.1 de la Directiva consagra un principio de «cumplir o explicar» de cara al fraccionamiento en lotes, la duda estriba en si prevalecerá el cumplimiento o la explicación. Deseando que sea lo primero –por el momento las Administraciones Públicas muestran disposición de aplicar los cambios demandados por la Directiva–, no sería posible cerrar la investigación sin proponer antes varias orientaciones de corte práctico, que puedan servir de ayuda en el nuevo contexto en el que ya nos hallamos sumidos desde el 18 de abril de 2016.

Abrir la puertas a las PYME supone dar entrada al 99,8% del tejido empresarial español y europeo. A priori, la desagregación en lotes contribuye al fomento de la competencia al reducir las dimensiones de la contratación pública hasta un tamaño o grado de especialidad asequible para las PYME. Sin embargo, la ampliación de los objetos sobre los que licitar también incrementa las posibilidades de reparto entre las empresas. Una precaución imprescindible en el diseño de lotes es procurar que el número de lotes sea inferior al de los participantes que se presume que acudirán o pueden estar interesados[95].

95 En este sentido, véase la *Guía sobre Contratación Pública y Competencia*, publicada en el año 2010 por la entonces Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

La economía como ciencia afronta el problema de la escasez. Ya que disponemos de bienes limitados, estamos obligados a sacarles el máximo aprovechamiento. Trasladada esta idea general al campo de los contratistas, la posibilidad de no obtener la adjudicación es lo que impulsa al licitador a perfeccionar su oferta de modo que pueda superar a la de los demás. Si tuviera garantizado al menos un lote, perdería parte de ese interés y el riesgo de colusión aumentaría en consonancia.

La perdida de competencia puede verse agudizada en el caso de que se haga un mal uso de las prerrogativas para limitar el número máximo de ofertas a presentar o el número máximo de lotes a adjudicar. Incluso si el número de lotes coincidiera con el de los operadores interesados, siempre alguno de ellos puede aspirar a obtener la adjudicación de todos. Ese acicate desaparece en el momento que sabe que como mucho podrá obtener un par de lotes y el resto habrán de adjudicarse a otros licitadores. Por eso es capital que la oferta de lotes sea siempre inferior a la demanda esperada, de lo contrario nos exponemos a situaciones semejantes a la ocurrida en EEUU, durante los años 90, en relación a la contrata de la leche para los colegios[96]. Aunque parezca irónico, en aras de preservar la competencia los lotes deben ser lo suficientemente pequeños para que puedan participar las PYME en condiciones aceptables, y a la vez han de tener un tamaño lo bastante grande para que no quepa reparto del mercado entre los licitadores. Cada sector exigiría la confección de una arquitectura diferente atendiendo a la concreta realidad del mercado, que ha de convertirse en un canon permanente a la hora de afrontar los retos derivados de la contratación pública. Si bien siempre fue aconsejable, ahora el sector público está obligado a conocer con más detalle las circunstancias del sector privado[97].

En cuanto a la posibilidad de motivar la no división en lotes, hay que descartar cualquier argumento basado en asertos genéricos sin comprobación real en el supuesto práctico. En el pasado se adujo con mucha facilidad el incremento de la eficacia, la mayor eficiencia y coordinación en la ejecución de las prestaciones, el aprovechamiento de las economías de escala y la optimización de la ejecución global del contrato como argumentos contrarios a la descom-

96 PORTER, R. / DOUGLAS ZONA, J. (1999: 263-288). El Departamento de Justicia de EE UU describió como «epidémico» el escenario. La constitución de un lote por colegio permitió que cada empresa tuviera su cuota garantizada, disuadiéndolos de competir entre sí.

97 El informe PRO/CNMC/001/15 Análisis de la Contratación Pública en España: Oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia, de 5 de febrero de 2015, detectó importantes deficiencias en relación a la aproximación de los órganos de contratación a la realidad mercada, producto de las escasas evaluaciones realizadas sobre el mismo.

posición en lotes[98]; empero, en demasiadas ocasiones no se llegaban a detallar las razones desde las que se había concluido que todos estos beneficios concurrirían en el caso concreto del que se tratara. En principio, la oposición al fraccionamiento por argumentos de corte económico, salvo que sean muy contundentes y evidentes, han de ser descartados y sustituirse por la implantación en los pliegos y el anunció de licitación de la posibilidad de recurrir a la oferta integradora.

En palabras de la JCCA de Aragón, «la oferta integradora permite, a través de la presentación de proposiciones simultáneas, visionar ambos resultados y compararlos (suma de mejores ofertas individuales versus oferta integradora) y, a la vista de esa valoración, concluir si son mejores las ofertas individualmente consideradas o una de las ofertas integradas[99]». Admitiendo su uso se permite cotejar de manera efectiva cuál de los dos modelos es mejor para el caso concreto y optar por él desde los principios de la oferta económicamente más ventajosa. Por consiguiente, el rechazo completo a los lotes debe fundarse esencialmente en consideraciones relativas a la ejecución y a la coordinación, no a lo económico, que siempre podrá comprobarse a través de la combinación de la oferta integradora con los lotes. Aun así, hay que tener cuidado y no emplear esta técnica ante la menor vacilación. Después de todo, el empleo excesivo de la oferta integradora vaciaría de sentido la nueva regla general del art. 46 de la Directiva 2014/24/UE, desvirtuándola.

Evidentemente, la división en lotes comporta una serie de dificultades organizativas ausentes en el modelo integral, lo cual no significa que no puedan salvarse con un poco de esfuerzo. En aquellos contratos que lo requieran por su naturaleza, conforme a las previsiones del art. 118 del TRLCSP, puede establecerse en los pliegos y en el anuncio de licitación como condición especial de ejecución la necesaria coordinación entre los operadores económicos que después de todo resulten adjudicatarios de los diversos lotes.

Finalmente, acerca del tipo de lotes en los que se organicen las licitaciones de ahora en adelante, la casuística es prácticamente inagotable. En nuestro Derecho, la aplicación estos años de los acuerdos marco ha dejado un acervo de experiencias que pueden constituir, *mutatis mutandi,* una primera guía desde la que empezar a trabajar, al haber sido bajo este marco donde se han utilizado con más asiduidad los lotes, por mucho que fuera dentro de otras dinámicas con-

98 A este respecto, las resoluciones 247/2012, de 7 noviembre de 2012, 918/2014, de 12 de diciembre de 2014, o 927/2014, de 18 de diciembre de 2014, del TACRC.

99 Véase, el informe 11/2013, de 22 de mayo de 2013, de la JCCA de Aragón.

tractuales. Por desgracia, en esta tarea no podemos hacer acopio de la doctrina pasada, ya que se basaba en premisas diferentes y hoy las conclusiones no serían las mismas[100]. Al final no queda otra que seguir la máxima de la *Small Business Act*: pensar primero en pequeño. Una buena metodología podría ser buscar la mínima unidad funcional que cumpla todos los requisitos propios de un contrato[101] y desde ahí construir los lotes. Ello no significa necesariamente que el lote deba ser justo esa unidad funcional, pero es conveniente identificarla para saber hasta qué punto podría llegar a reducirse el tamaño y especialización de un lote sin perder su operatividad. Contar con esa base no constituye ningún óbice para diseñar con posterioridad lotes de mayor tamaño o especialización; siguiendo este sistema hallaremos las prestaciones que pueden realizarse de forma independiente, por lo que incluso facilitar la elaboración de lotes mayores al disponer de más información.

Ahondar en los posibles criterios para la división (gremios, especialización, calidades, fases de la ejecución en un proyecto, territorio, sedes, cuantía, etc.) representaría una tarea casi inagotable. No obstante, independientemente del criterio seleccionado, el sector público siempre deberá otear antes en el sector privado para constatar cuál es su estructura y distribución. La mejor forma de diseñar los lotes es subsumir la información del mercado dentro de las necesidades públicas, especialmente para evitar desajustes. En ocasiones, los requerimientos del sector público no van a tener un reflejo perfecto en el mercado y por ello no cabe limitarse a replicarlo de forma mimética, aunque tampoco pueda alejarse por entero. Como en tantas cosas la virtud aristotélica del punto medio es la respuesta. Asimismo, hacer un diseño lo suficientemente atractivo de todos los lotes, sin descompensarlos en exceso, es fundamental para que no queden desiertos una parte, mientras unos pocos concentran todas las ofertas.

Aunque durante los primeros años la división en lotes acarree algunos desafíos, los entes adjudicadores han de ser conscientes que el mayor atolladero va a ser esta primera etapa. Una vez superado el periodo adaptativo, los lotes pasarán a ser otra rutina más dentro de la praxis general, una rutina de la que pueden sacar mucho rendimiento si actúan juiciosamente, aunque no exenta de riesgos o dificultades. Sólo resta esperar para comprobar cuántos grados traza el recorrido: 180 o 360. Si estamos ante las puertas de una nueva lógica contractual o, por contra, de un gatopardo en el que todo cambie, sin que nada varíe realmente en el devenir futuro.

100 En ese sentido, el informe 12/15, de 6 de abril de 2016, de la JCCA del Estado.

101 AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013: 112 y ss).

V. **BIBLIOGRAFÍA**

AGUDO GONZÁLEZ, J. (2015): «El precio en los contratos del sector público. Análisis sistemático. Parte I», *Revista de Estudios Locales*, 176, pp. 44-81.

- (2013): «El fraccionamiento de los contratos: invalidez y fraude de ley», *Número extraordinario de la Revista de Estudios Locales*, pp. 147-181.

BARCELONA LLOP, J. (2002): «La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, 1ª ed., Santander, Universidad de Cantabria.

BLANCO LÓPEZ, F. (2012): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. Tramitación y desarrollo. Propuesta de nueva regulación legal», *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 116, pp. 30-43.

- (2011): «El procedimiento negociado de adjudicación de los contratos administrativos. La negociación como elemento esencial y configurador del procedimiento», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 111, pp. 34-41.

BARRIO GARCÍA, G. (2013): «Contratación pública y PYMES. Un comentario a la luz de la propuesta de Directiva en materia de contratación pública», en PERNAS GARCÍA (dir.): *Contratación pública estratégica*, 1ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

CANDELA TALAVERO, J.E. (2011): «El fraccionamiento del objeto de los contratos públicos y la fraudulenta utilización del contrato menor», *Auditoría Pública*, 53, pp. 85-94.

CARBONERO GALLARDO, J.M. (2014): «Las nuevas Directivas europeas sobre contratación pública: claves para una primera lectura», *Contratación administrativa práctica. Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 131, pp. 69-73.

- (2010): *La adjudicación de los contratos administrativos: origen, evolución y sistema actual*, Editorial de la Universidad de Granada, Garanda.

CHINCHILLA MARÍN, C. (2013): «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre contratos públicos (I)», en SÁNCHEZ MORÓN (dir.): *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y su Estados Miembros*, Valladolid, Lex Nova / Universidad de Alcalá.

COLÁS TENAS, J. (2013): «El procedimiento negociado y el dialogo competitivo», en *Seminario contratación pública innovadora,* Castellón.

CONTRERAS, P. (2011): «Requisitos del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.): *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Madrid, Colex.

- (2012): *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos,* 1ª ed., Madrid, Marcial Pons.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J.F. (2013) «Contratación administrativa y libre competencia», *Revista española de Derecho administrativo*, 158, pp. 89-126.

GALLEGO CÓRCOLES, I. (2008): «Necesidad e idoneidad de los contratos celebrados por el sector público», *Contratación Administrativa Práctica*, 81, p. 62.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A. (2009): El contrato menor, en BERMEJO VERA (dir.) / BERNAL BLAY (coord.), *Diccionario de contratación pública*, 1ª ed., Madrid, Iustel.

- (2011a): *Curso de Derecho administrativo I*, 15ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters.
- (2011b): *Curso de Derecho administrativo II,* 12ª ed., Cizur Menor, Thomson-Reuters.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2016): «La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad», en VILLORIA MENDIETA, GIMENO FELIÚ, TEJEDOR BIELSA (dirs.): *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2015): «Reflexiones y Propuestas en Torno a la Nueva Normativa Comunitaria sobre Contratación Pública», *Revista Derecho y Sociedad*, 44, pp. 39-54.

- (2014): *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia. El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi.
- (2013): «Las nuevas Directivas-cuarta generación-en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *Revista española de Derecho administrativo*, 159, pp. 39-106.
- (2010): «Nuevos escenarios de política de contratación pública en tiempos de crisis económica», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 9, pp. 50-55.
- (2008): «Aproximación a las principales novedades de la Ley de Contrato del Sector Público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 32, monográfico X, pp. 13-48.
- (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española,* 1ª ed., Madrid, Civitas.

GRAJAL CABALLERO, I. (2009): «Análisis de diversos aspectos de la figura del contrato menor en las Entidades Locales a la luz de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados,* 20, pp. 2955-2978.

HUERGO LORA, A. (2005): «El Derecho español de contratos públicos y el Derecho comunitario», *Revista española de Derecho administrativo*, 126, pp. 217-246.

LAGO NÚÑEZ, G. (2008): «La negociación como procedimiento contractual», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 10, pp. 1772-1784.

MAÑEZ MARTÍNEZ, E. (2015): «La defensa de la competencia en los procesos de contratación pública: hacia una mayor participación de las pequeñas y medianas empresas en los mercados públicos», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2011): «Contenido y eficacia del contrato», en MARTÍNEZ DE AGUIRRE (coord.): *Curso de Derecho civil (II) Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Madrid, Colex.

MEDINA ARNÁIZ, T. (2013): «Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública», *Diario la Ley*, 7382.

MORENO MOLINA, J.A. (2015a): «Las nuevas directivas de la Unión Europea sobre contratación pública y su necesaria incorporación al Derecho español», *Gabilex*, núm. extraordinario con motivo de las XXVII Jornadas de Letrados de las CCAA, pp. 103-132.

- (2015b): *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, 1ª ed., Oxford, Chartridge Books Oxford.
- (2011): «Crisis y contratación local desde la perspectiva de la Administración», *Anuario de Gobierno Local 2011*, 1, pp. 117-145.
- (2009): «Procedimiento negociado», en BERMEJO VERA (dir.) / BERNAL BLAY (coord.): *Diccionario de contratación pública*, 1ª ed., Madrid, Iustel.
- (2008) «Principios generales de la contratación pública, procedimientos de adjudicación y recurso especial en la nueva ley estatal de contratos públicos», *Revista jurídica de Navarra*, 45, pp. 45-73.

MORENO MOLINA, J.A. / PLEITE GUADAMILLAS, F. (2008): *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, 1ª ed., Madrid, La Ley.

MOREU CARBONELL, E. (2009): «Uniones temporales de empresas», en BERMEJO VERA (dir.) / BERNAL BLAY (coord.): *Diccionario de contratación pública*, 1ª ed., Madrid, Iustel.

PORTER, R. / DOUGLAS ZONA, J. (1999): «Ohio school milk markets: an analysis of bidding», *RAND Journal of Economics*, 2, vol. 30, pp. 263-288.

PÉREZ PAREDES, E. (2013): «Las Uniones Temporales de Empresas en la contratación pública», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012*, Zaragoza, Institución Fernando el Católico.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2015): «Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *Revista de Administración Pública*, 196, pp. 97-135.

RIERA LOPÉZ, M. (2013): «Contratos menores: rasgos característicos, menciones especiales y consecuencias de un uso abusivo», *Auditoria Pública*, 61, pp. 61-68.

RUIZ RUBIA, C.V. (2012): «La justificación del procedimiento negociado», *Contratación administrativa práctica*, 12, pp. 60-63.

SANTÍAS VIADA, J.A. (1996): «La regulación del procedimiento negociado para la adjudicación de contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas», *Noticias de la Unión Europea*, 136, pp. 131-138.

VÁZQUEZ MATILLA, J. (2014): «Los contratos del sector público (2) Formación y vicisitudes», en YZQUIERDO TOLSADA (dir.): *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales con sus implicaciones tributarias*, t. XIV, 1º ed., Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi.

CRÓNICAS

Utilización y aprovechamiento de los bienes del Ayuntamiento de Zaragoza

Elena Ezpeleta Pemán

RESUMEN

Los Ayuntamientos para el cumplimiento de sus fines, y en el ámbito de sus competencias, promueven actividades y prestan servicios. El aprovechamiento y la gestión de sus bienes sirven para el cumplimiento de los mismos. El Ayuntamiento de Zaragoza es una Institución compleja, con un gran entramado organizativo, que dirige y administra el municipio, un término municipal muy extenso y con una población que ronda los 700.000 habitantes, la quinta ciudad más poblada de España. Cuenta con su patrimonio, que son los bienes municipales: bienes de dominio público y bienes patrimoniales, cuya utilización, aprovechamiento y gestión, sirve para la finalidad encomendada que es la satisfacción de la comunidad vecinal.

Palabras clave: bienes de dominio público, uso público, servicio público, comunales, bienes patrimoniales, aprovechamientos habituales y especiales, gestión directa e indirecta.

ABSTRACT

City councils promote activities and provide services in order to achieve their goals within their range of competences. The exploitation and management of their assets are useful for their achievements. The City Council of Zaragoza is a complex organization with a large organizational structure that runs and manages a very large district with an estimated population of 700,000

the fifth-most populous in Spain. To do this, the City Council relies on its local assets: public domain assets and property assets, whose utilization, exploitation and management fulfill the assigned purpose: satisfying the needs of city residents.

Key words: public domain assets, public use, public service, communal properties, heritage assets, usual and special exploitation, direct and indirect management.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA. **1.** Los bienes de dominio público destinados al uso público, su utilización y su gestión por el Ayuntamiento. **2.** Los bienes de dominio público adscritos al servicio público y cómo son gestionados por el Ayuntamiento. **3.** Sobre los bienes comunales del Ayuntamiento, su utilización y aprovechamiento común. **III.** LOS BIENES PATRIMONIALES DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA. **1.** Los bienes patrimoniales urbanos y cómo se utilizan por el Ayuntamiento. **2.** Los bienes patrimoniales rústicos y distintos aprovechamientos sobre los mismos. **IV**. CONCLUSIONES. **V.** BIBLIOGRAFÍA.

I. **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo[1] tiene por objeto analizar la utilización y el aprovechamiento de los bienes del Ayuntamiento de Zaragoza[2]. Se refiere a los bienes inmuebles recogidos en el Inventario General de Bienes del Ayuntamiento, sus Organismos Autónomos y Sociedades Municipales, gestionado por la Unidad de Inventario y Patrimonio, y por la Unidad de Gestión del Patrimonio Rústico, ambas del departamento de Contratación y Patrimonio del Área de Economía y Cultura, excluyendo los bienes que forman el Patrimonio Municipal del Suelo[3], regulados por la normativa urbanística.

1 Abreviaturas utilizadas. LALA: Ley de Administración Local de Aragón; LM: Ley de Montes; LMAR: Ley de Montes de Aragón; LPAP: Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; LRBRL: Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local; RB: Reglamento de Bienes; RBASO: Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales; TRLUA: Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón.

2 Es un resumen del Trabajo Fin de Grado de Elena Ezpeleta Pemán, dirigido por el profesor Fernando Gurrea Casamayor, defendido el día 4 de julio de 2016.

3 Art 6.4 RBASO: «Los Patrimonios Municipales del Suelo, como patrimonios separados, se regulan en cuanto a su constitución, bienes que lo integran, destino y cesiones por lo dis-

El Ayuntamiento, gobierna y administra el municipio de Zaragoza, una Institución compleja, que cuenta con una Organización Política y otra Administrativa, con Órganos Centrales y Territoriales, con Organismos Públicos, Sociedades mercantiles, Consorcios y Fundaciones; un gran entramado organizativo para la gestión de los servicios públicos en el ámbito de sus competencias, cuyo objetivo es el bien común de vecinos.

COSCULLUELA MONTANER[4] destaca que: «La organización administrativa supone básicamente una ordenación de medios personales, reales y financieros para el más eficaz cumplimiento de las funciones que están encomendadas a una entidad»; siendo los medios reales los bienes públicos del Ayuntamiento, por lo que constituyen uno de los tres elementos indispensables para la existencia de una organización.

El conjunto de bienes y derechos del Ayuntamiento forman su patrimonio, clasificándose en bienes de dominio público o demaniales: destinados al uso púbico, adscritos al servicio público y los comunales, y los patrimoniales o de propios; asignando su calificación jurídica en función del destino o adscripción de los mismos; teniendo plena capacidad para adquirir y poseer bienes (art. 1.2 RBASO) y los puede adquirir por cualquier título, oneroso o lucrativo de derecho público o privado (art. 16.2 RBASO); igualmente alquila inmuebles de terceros, pasando a ser arrendatario y ocupa inmuebles cedidos por otras Administraciones y entidades; pudiendo realizarse la gestión de su patrimonio de forma directa o indirecta.

Gestión directa, la efectúa el propio Ayuntamiento, a través de su propia estructura y organización, aportando el capital y soportando el riesgo de la actividad, o de forma descentralizada, con organismos administrativos específicos con personalidad jurídica propia, como son los Patronatos Municipales, las entidades públicas empresariales locales, en el Ayuntamiento de Zaragoza no hay, y las Sociedades Municipales. En cuanto a los Patronatos son Organismos Autónomos de carácter administrativo. El Ayuntamiento de Zaragoza cuenta con

puesto en la legislación urbanística de Aragón». Art. 6 Reglamento del Inventario General del Ayuntamiento: «El Inventario del Patrimonio Municipal del Suelo comprende todos los bienes y derechos que, de conformidad con la legislación urbanística aplicable, deban integrarse en el patrimonio público de suelo con la finalidad de regular el mercado de terrenos, obtener reservas de suelo para actuaciones de iniciativa pública, facilitar la ejecución de la ordenación urbanística, y posibilitar iniciativas de interés público o social que comporten la generación de empleo y actividad económica».

4 COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, 25 ed., Navarra, Thomson / Civitas, 2014, p. 141.

el Instituto municipal del Agua, el Instituto municipal de Empleo y Fomento Empresarial, el Patronato municipal de Artes Escénicas e Imagen, el Patronato municipal de Educación y Bibliotecas y el Patronato municipal Zaragoza Turismo. En cuanto a Sociedades, con capital íntegramente municipal, cuenta con la Sociedad municipal Ecociudad Zaragoza, la Sociedad municipal Zaragoza Cultural, la Sociedad municipal Zaragoza Deporte, la Sociedad municipal Zaragoza arroba Expo, todas anónimas, unipersonales y la Sociedad municipal Zaragoza Vivienda, limitada, unipersonal.

Gestión indirecta, en la que el Ayuntamiento es titular del servicio, pero lo gestiona de forma indirecta o mediata, a través de otra persona o entidad, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos[5]. Las formas de gestión indirecta en el Ayuntamiento son la concesión, las sociedades mercantiles de capital mixto en las que su participación es minoritaria, las fundaciones y los consorcios. No hay ningún caso de arrendamiento, ni de gestión interesada, ni de cooperativas.

II. LOS BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA

Los bienes de dominio público (arts. 170.2 LALA y 3.1 RBASO) son de uso público, de servicios públicos y comunales.

1. Sobre los bienes de dominio público destinados al uso público, su utilización y cómo se gestionan

Por lo que respecta a los bienes de dominio y uso público (arts. 182 LALA y 3.2 RBASO): en cuanto a las calles, paseos, avenidas y plazas de Zaragoza, el primer nomenclátor callejero que tuvo la ciudad se aprobó por el Ayuntamiento de Zaragoza en el año 1860[6] y fue impreso en el año 1863 con el título de «Descripción

5 Art. 85 LRBRL: «Mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto. Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre». Desaparece arrendamiento como forma de gestión indirecta, si bien se mantiene en la legislación aragonesa y en otras autonomías.

6 GONZAGA MARTÍNEZ DEL CAMPO, L.: «La construcción de identidades colectivas a través de la toponimia urbana el nomenclátor callejero de Zaragoza en 1860 y 1940», en ROMERO *et al*. (coord.): *Universo de Micromundos. VI Congreso de Historia local de Aragón,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2009, pp. 203-220.

de las calles, plazas, plazuelas, puertas y paseos de la ciudad de Zaragoza, con expresión de sus actuales límites y de sus denominaciones antigua y moderna».

En lo que se refiere a los parques, según el Servicio de Parques y Jardines del Ayuntamiento, tiene 58. Puentes y pasarelas, según el Servicio de Conservación de Infraestructuras del Ayuntamiento, tiene un total de 119, de los que 12 están sobre el río Ebro, 3 sobre el río Gállego, 19 sobre el río Hueva, 34 sobre el Canal Imperial de Aragón, 39 sobre vías y carreteras, 2 sobre acequias y barrancos y 10 sobre el ferrocarril. En cuanto a caminos, se aprobó el Inventario de caminos de dominio público de titularidad municipal del término de Zaragoza, por acuerdo plenario de fecha 24 de julio de 2009, con un total de 137, no se incluyeron los caminos que constituyen accesos o caminos de servicio a fincas municipales no destinadas al uso o servicio público, ni los caminos cuya titularidad o disfrute ostenta el Ayuntamiento en virtud de convenios o conciertos con otras Administraciones y con los Sindicatos de Riegos.

La gestión de los bienes de uso público puede realizarse de forma directa por el Ayuntamiento, que autoriza la instalación de vallas, andamios, zanjas, badenes, reservas de espacio, veladores y sombrillas, contenedores, entre otros. O de forma indirecta, sujetos a Concesión otorgada por el Ayuntamiento, como son los aprovechamientos para uso privativo y ocupación de vía pública y subsuelo, mediante la implantación de puntos de venta de carburantes en el sistema de viario público; la construcción y explotación de aparcamientos subterráneos; la utilización privativa del dominio público local mediante la explotación de quioscos en diversas vías y espacios públicos para: bar, flores, bicicletas y prensa. Y mediante gestión de contrato de servicio público, como es el caso del aparcamiento en vía pública, de rotación y para residentes.

De forma directa, por la Sociedad municipal Zaragoza Deporte, se realiza la gestión para actividades deportivas en la vía pública y parques y la gestión de pequeñas Instalaciones Deportivas Elementales en la vía pública, conocidas también como Potreros. Por la Sociedad municipal Zaragoza Cultural, la gestión para actuaciones en la vía pública, como conciertos, con o sin escenarios, ferias, barras de bar, actividades comerciales y culturales para las fiestas patronales. Por la Sociedad municipal Zaragoza arroba Expo, la gestión de las concesiones de todas las instalaciones fijas del Parque metropolitano del Agua Luis Buñuel, Riberas del Ebro, Canal Imperial de Aragón, Anillo Verde, camping municipal, transporte individualizado mediante bicicletas en régimen de alquiler, así como la instalación y explotación de soportes publicitarios de interés general y marquesinas en el término municipal. Por la Sociedad municipal Ecociudad Zaragoza, a la que el Ayuntamiento pone a disposición de la sociedad las instalaciones de titularidad pública adscritas a los servicios de saneamiento y depuración de

aguas residuales, consistentes en redes, estaciones depuradoras, terrenos, edificios y, en general, los bienes e instalaciones destinadas a los servicios objetos de gestión: a) Red de alcantarillado, estaciones de depuración de aguas residuales de La Almozara, Alfocea y La Cartuja, esta última en régimen de concesión, b) Estaciones de bombeo de aguas residuales de: Parque de San Pablo, Monzalbarba, La Almozara-Plaza de Europa, Malpica, Margen izquierda del río Ebro, Movera, Garrapinillos, Valdespartera y rotonda de la Mutua de Accidentes de Zaragoza, c) Tanque de Tormentas en San Juan de la Peña, Valdespartera y Paseo Ranillas, d) Planta de tratamiento de fangos de la potabilizadora de Casablanca y e) Suelos afectos a los activos del Ciclo del Agua y Parque de contadores.

2. Los bienes de dominio público destinados al servicio público y cómo son gestionados por el Ayuntamiento de Zaragoza

En cuanto a los bienes de dominio y servicio público (arts. 170.3 LALA y 3.3 RBASO), el Ayuntamiento los incorpora a su patrimonio por diversas fórmulas. Así tenemos:

a) Por adquisición o por construcción sobre una parcela municipal, como es el caso de los Campos de Fútbol, los Pabellones Municipales y los Centros Deportivos Municipales, entre otros.

b) Por adquisición de inmuebles con una adscripción mixta (de dominio público y patrimoniales), como es el caso del edificio sito en la plaza Ecce Homo, conocido como «Imprenta Blasco», que consta de planta baja, sótanos y plantas alzadas. Se adquirió con el fin de destinar la planta baja y las plantas sótanos al museo de la Imprenta, y las plantas alzadas para darles un uso residencial. En estos momentos está vacío.

c) Por alquiler, pasando a ser arrendatario, como es el caso de los inmuebles propiedad de terceros alquilados por el Ayuntamiento.

d) Por cesión de otras instituciones públicas[7], como es el caso del inmueble sito en la calle Armas que fue un antiguo mercadillo y el Ministerio de Eco-

7 Antes de la aprobación de la LPAP, las cesiones gratuitas se formalizaban en escritura pública, si bien desde su entrada en vigor, es en documento administrativo. Art. 113.2 LPAP: «Las cesiones gratuitas de bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, cuando el cesionario sea otra Administración pública, organismo o entidad vinculada o dependiente, así como las enajenaciones de inmuebles rústicos cuyo precio de venta sea inferior a 150.000 euros se formalizarán en documento administrativo, que será título suficiente para su inscripción en el Registro de la Propiedad».

nomía y Hacienda lo cedió para Centro de documentación, investigación y difusión del Folclore regional tradicional.

e) Por desafectación, como es el caso del antiguo convento de San Agustín, conocido también como antiguo Ayuntamiento o antiguo Instituto de Educación Secundaria Luis Buñuel, sito en la plaza de Santo Domingo. Cuando dejó de ser Casa Consistorial, la parte correspondiente al antiguo refectorio de Santo Domingo quedó como archivo municipal y, en consecuencia, adscrito al servicio público. Hoy es el Centro de documentación del agua y del medio ambiente, conocido como «Biblioteca del agua», y el resto se cedió al Ministerio de Educación para Colegio de Educación Infantil y Primaria e Instituto, desafectándose previamente del servicio público. Ha revertido al Ayuntamiento por haber dejado de estar destinado a fines educativos, destinándose a equipamiento social, cultural y del barrio, siendo en la actualidad el Centro Social Comunitario Luis Buñuel.

Hay un total de 748 equipamientos en 1608 espacios de prestación de servicios municipales. Se considera equipamiento la unidad física donde se encuentra la instalación o instalaciones; como el caso de un colegio que tenga anexo un pabellón municipal; mientras que el espacio es cada una de las instalaciones, según datos facilitados por la Dirección de Servicios de Arquitectura del Ayuntamiento.

Se gestionan de forma directa, donde el Ayuntamiento es titular del servicio, asume la gestión del mismo, con sus propios medios, es decir con su propia estructura organizativa y recursos económicos, soportando el riesgo de la actividad, pudiendo realizarse por el propio Ayuntamiento o a través de entes instrumentales como son los Patronatos y Sociedades Municipales (arts. 181 LALA y 106 RBASO). Los Patronatos Municipales para su administración pueden tener adscritos bienes del Ayuntamiento, que mantienen su calificación jurídica original (art. 243. RBASO). El Ayuntamiento puede adscribir bienes de dominio público a las Sociedades Municipales para el cumplimiento de sus fines, que no adquieren su propiedad ni se integran en su capital social, ni implica transmisión de dominio ni desafectación y tienen la obligación de conservación y mantenimiento (art. 250.1 RBASO).

Gestionados por el Ayuntamiento, sin personificación del servicio, encontramos:

a) Inmuebles, tales como: Casa Consistorial, Juntas Municipales y Vecinales, Parques de Bomberos, Centros Deportivos Municipales, Centros Cívicos...

b) Puesta a disposición por el Ayuntamiento al Gobierno de Aragón de parcelas de equipamientos del Plan General de Ordenación Urbana de Zarago-

za. Así los destinados a Sistema Local Público de equipamiento y enseñanza o de edificios para Colegios de Educación Infantil y Primaria y Colegios de Educación Especial y edificios destinados al mismo fin, siendo competencia propia del Ayuntamiento (art. 25.2 n LRBRL)[8].

c) Cesión de espacios en dependencias municipales o autorizaciones de uso, a entidades financieras para colocar cajeros automáticos en edificios municipales y a entidades mercantiles para la colocación y explotación de máquinas expendedoras de bebidas frías y calientes, y alimentos sólidos en dependencias municipales.

d) Cesiones a precario, uso temporal y a precario a entidades mercantiles de parcelas de equipamiento para acopio de materiales, instalación de grúa, etc.

e) Explotación del servicio de bar por el Ayuntamiento, se formaliza un contrato de servicios con un tercero para la explotación de bar, bar-restaurante en Centros Deportivos Municipales, Pabellones Deportivos Municipales y Centros de Convivencia para mayores, entre otros, como actividad anexa al Servicio Público.

Gestionado por Patronatos Municipales, se encuentran: El Patronato municipal de Educación y Bibliotecas, que tiene adscrita la gestión de uso de las Escuelas Infantiles, las Bibliotecas Municipales, las Ludotecas y la Universidad Popular. El Patronato municipal de Educación Infantil, tiene adscritos la gestión de uso de los Teatros Principal y del Mercado, la Filmoteca y las Escuelas Artísticas, el Conservatorio elemental de Música y Conservatorio profesional de Danza. El Patronato municipal Zaragoza Turismo, las Oficinas de turismo municipales en la plaza de Nuestra Señora del Pilar y en el Torreón de la Zuda. Y el Instituto municipal de Fomento Empresarial de Zaragoza, conocido también como Zaragoza Dinámica, las Escuelas Taller y los Centros Sociolaborales.

Por Sociedades Municipales, cuyo capital social pertenezca íntegramente al Ayuntamiento existen: La Sociedad municipal Zaragoza Cultural, que se le transfiere la gestión económica y el uso de espacios municipales para la realización de actividades que son de su competencia como los Museos del Foro Caesaragusta, del Puerto Fluvial, de las Termas y del Teatro de Caesaragusta. Y a la Sociedad municipal Zaragoza Deporte, se le transfiere la gestión del Palacio de los Deportes y del Pabellón Príncipe Felipe y las Instalaciones Deportivas Elementales.

8 En términos similares lo encontramos en la Disposición Adicional decimoquinta, apartado 4 de la Ley orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo.

Abastos, mercados y comercio ambulante, son competencias propias del Ayuntamiento (art. 25.2 i LRBRL). El mercado de venta ambulante en el aparcamiento de la zona sur del recinto Expo, el mercadillo de antigüedades en la plaza San Bruno, el mercadillo de coleccionistas en la plaza San Francisco y el rastro de la plaza de Toros, se gestionan directamente por el Ayuntamiento. En lo referente a los abastos y al mercado de Valdespartera[9], se gestiona a través de MERCAZARAGOZA Sociedad anónima, sociedad mixta en la que el Ayuntamiento tiene el 51% del capital social. Por acuerdo del Gobierno de Zaragoza de 18 de junio de 2010, se le cedió la gestión global de los mercados municipales de San Vicente de Paúl y de Lanuza.

Gestión indirecta, en la que el Ayuntamiento es titular del servicio público, si bien lo gestiona un particular o una entidad privada. Si bien, únicamente, hay gestión de inmuebles municipales en la Concesión en la que el Ayuntamiento encomienda a un tercero, concesionario, la gestión y explotación del servicio público, quien lo gestiona a su riesgo y ventura, con sus propios medios, durante un tiempo y bajo control administrativo, tenemos, por ejemplo la construcción y gestión del Centro Deportivo Esquinas del Psiquiátrico y lo referido en las concesiones en el uso público.

3. Sobre los bienes comunales del Ayuntamiento de Zaragoza, su utilización y aprovechamiento

Los bienes comunales, como dice EMBID IRUJO[10]: «Son propiedades colectivas definidas, precisamente, por ese aspecto de titularidad pública, el aprovechamiento común». En cuanto a su régimen jurídico, el art. 132.1 de nuestra Constitución, los menciona junto a los bienes de dominio público, determinando que la ley regulará su régimen jurídico inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación; con la aprobación de la LRBRL y la adaptación a ella del RB y de la LPAP, cuyos preceptos son de carácter básico, se contempla la actual clasificación de los bienes de las Entidades Locales, destacando que los bienes comunales dejan de ser patrimoniales[11], quedando incluidos en los bienes de dominio

9 El Ayuntamiento, en sesión plenaria de 1 de abril de 2011 aprobó la alteración de la calificación jurídica de la parcela, para ser calificada como patrimonial y constituir un Derecho de Superficie a favor de MERCAZARAGOZA SA, a título gratuito, por un plazo de 50 años.

10 EMBID IRUJO, A.: *La defensa de los comunales,* Madrid, Cívitas, 1994, cit. p. 23.

11 COBO OLVERA, T.: *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales*, Barcelona, Bayer Hermanos, 1992, p.18.

público, sometidos a su régimen general (art. 5 del RB). Su utilización, aprovechamiento y disfrute es del común de los vecinos (arts. 170.4 de la LALA y 3.4 RBASO), su aprovechamiento y disfrute se efectúa preferentemente en régimen de explotación colectiva o comunal (arts. 75 RB, 96 a 98 RBASO y 183 LALA).

El Ayuntamiento no tiene bienes comunales, los montes son Patrimoniales, con la excepción del aprovechamiento del monte municipal Vales de María, situado en el término municipal de María de Huerva, con una superficie de unas 3.415 hectáreas. Es el único monte que se encuentra fuera del término municipal. En Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 453/2011, de 14 de octubre, de la Sección número 4, falla y dice:

> [...] que sobre el Monte Vales de María propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, existe un derecho real de aprovechamientos agrícola, pastos, leñas y demás ademprios, a favor de los vecinos de ese municipio en mancomunidad con los de Zaragoza, derecho real de carácter comunal, con exclusión del alcance de este pronunciamiento a los enclavamientos y segregados existentes en el monte [...].

COLOM PIAZUELO, en el *Anuario Aragonés del Gobierno Local* del año 2012, comenta la sentencia, indicando que resulta de interés por pronunciarse sobre diversos aspectos relativos a las mancomunidades de pastos y otros aprovechamientos.

En cuanto a los aprovechamientos, los que actualmente existen en el monte son: agrícolas, con arrendamiento de parcelas de labor y siembra de cereal secano, almendros, olivos y vid; colmenas, con arrendamiento de parcelas para tal fin. Pastos, con la adjudicación de la cesión de uso de parcelas rústicas municipales patrimoniales, para su aprovechamiento de pastos. Cinegéticos, con la adjudicación de la cesión de uso de parcelas rústicas municipales patrimoniales para su aprovechamiento cinegético, mediante cesión de uso de parcelas rústicas municipales patrimoniales. Eólicos, con el arrendamiento por subasta de 11.700 metros cuadrados, para la instalación de 9 aerogeneradores de energía eólica.

III. **LOS BIENES PATRIMONIALES DEL AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA**

Los bienes patrimoniales (arts. 171 LALA y 4.1 RBASO), son los bienes de dominio privado, se definen de forma negativa o residual por relación con los demaniales; se encuentran en su término municipal, a excepción de algunos bienes patrimoniales que hay en otros términos municipales, proviniendo muchos de

ellos de herencias[12], como unas parcelas en Muel (Zaragoza), en Ainzón (Zaragoza) o en Borja (Zaragoza) o el ya referido Monte Vales de María que pertenece al Ayuntamiento desde tiempo inmemorial. Su utilización puede realizarse directamente por el Ayuntamiento o cederse a los particulares mediante contrato. Por motivos sociales se puede ceder el uso de los bienes a otras Administraciones y Entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, para su destino a fines de utilidad pública o de interés social, así como en precario. Igualmente pueden cederse gratuitamente a entidades e instituciones públicas, siempre que los fines que justifiquen la cesión redunden en beneficio de la población de la Entidad Local.

A efectos del desarrollo del presente trabajo, los clasificamos en patrimoniales sitos en suelo urbano y en suelo rústico.

1. La utilización de los bienes patrimoniales urbanos en el Ayuntamiento de Zaragoza y sus formas de gestión

En este apartado nos vamos a referir a los bienes patrimoniales sitos en suelo urbano (art. 11.1 TRLUA) en el término municipal de Zaragoza, y más en concreto en suelo urbano consolidado. Es decir el que ha sido desarrollado y urbanizado conforme a lo determinado por el planeamiento, no a los incluidos en el Patrimonio Municipal del Suelo. El Ayuntamiento los puede adquirir de diversas formas, incorporándolos a su patrimonio, así dispone:

a) Inmuebles que ha adquirido y que se encuentran vacíos, pendiente de uso.

b) Inmuebles patrimoniales y de dominio público, ya comentados en el apartado correspondiente a los bienes de dominio público adscritos al servicio público, como el conocido como «Imprenta Blasco».

c) Inmuebles del Ayuntamiento arrendados a terceros[13].

12 Las herencias se aceptan a beneficio de inventario, art. 18.2 RBASO: «La aceptación de herencias se entenderá efectuada, en todo caso, a beneficio de inventario»; es decir que el Ayuntamiento responde de las deudas del fallecido con los bienes heredados, no con sus propios bienes. Art. 1003 del Código Civil: «Por la aceptación pura y simple, o sin beneficio de inventario, quedará el heredero responsable de todas las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de esta, sino también con los suyos propios». Art. 1023.1 del Código Civil: «El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1. El heredero no queda obligado a pagar las deudas y demás cargas de la herencia sino hasta donde alcancen los bienes de la misma».

13 Como es el caso de diversos pisos que se adquirieron, para reubicar, en régimen de alquiler, a los vecinos de la calle Cartagena afectados por las obras de urbanización de la prolongación de la avenida Cesáreo Alierta, a los que se les expropiaron las viviendas en las que habitaban.

d) Inmuebles cedidos al Ayuntamiento, como el local sito en el número 152 del paseo Echegaray y Caballero por la Sociedad municipal Zaragoza Vivienda.

e) Desafectados del dominio; la desafectación consiste en desproveer al bien de la naturaleza demanial, se produce una alteración expresa de su calificación jurídica[14], habiendo sido desafectados del dominio público, quedando calificados como bienes patrimoniales, tales como el antiguo conservatorio de música en la calle San Miguel número 32 o el antiguo cuartel de policía local en la calle Doctor Palomar número 4, entre otros. En la misma situación tenemos a los colegios de educación infantil y primaria[15], que pierden su uso escolar. En estos casos se solicita al Gobierno de Aragón autorización previa a la desafectación del inmueble[16], una vez concedida, se da cuenta al Ayuntamiento Pleno para proceder a su desafectación del dominio público. El más reciente es el del edificio del antiguo Colegio Público Tomás Alvira, donde el Ayuntamiento pleno en sesión de 27 de julio de 2015 acordó quedar enterado de la comunicación del Servicio Provincial de Zaragoza, Departamento de Educación, Universidad, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón de la desafectación de uso escolar de dicho colegio o el antiguo Colegio Público Guillermo Doñate, por acuerdo plenario de 21 de junio de 1985 se aprobó su desafectación. Hoy es la sede la Junta Vecinal del barrio de San Gregorio.

f) Inmuebles de terceros arrendados al Ayuntamiento, en los que este ha cedido el uso. Así tenemos el local de la calle Pano y Ruata, en sesión plenaria de 11 de marzo de 1982 se acordó concertar contrato de arrendamiento con el propietario del mismo, cediéndose a asociaciones del Rabal.

14 Art. 177.1 y 2 LALA, art. 10 RBASO. Se requiere que se acredite su oportunidad y legalidad, aprobación inicial por el Ayuntamiento Pleno, información y aprobación definitiva por el Ayuntamiento Pleno. Art. 178 LALA y el art. 11 del RBASO. La alteración tácita o por el transcurso del tiempo se produce por la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana y de los proyectos de obras y servicios; por la adscripción del bien patrimonial durante más de 25 años a un uso o servicios públicos, o aprovechamiento común, o por la cesión obligatoria con el fin de ser destinado al uso público o a la prestación de un servicio público.

15 Anteriormente denominados colegios públicos y grupos escolares.

16 Conforme al Real Decreto 605/1987, por el que se regula el procedimiento de autorización previa a la desafectación de edificios públicos escolares de propiedad municipal y la Orden de 4 de junio de 1987 sobre el desarrollo del Real Decreto, por el que se regula el procedimiento de autorización previa a la desafectación de los edificios públicos escolares de propiedad municipal.

g) Inmuebles del Ayuntamiento cedidos a la Sociedad municipal Zaragoza Vivienda (art. 181 LALA, 106 y 250.1.c) RBASO), donde se dan distintos tipos de cesiones: cesión gratuita en pleno dominio, cesión de la gestión integral, cesión gratuita de viviendas con el fin de dotar la bolsa de alquiler social, que se incorporan al plan de emergencia contra la exclusión social y para construcción de viviendas sociales.

h) Cesiones a precario, uso temporal y a precario de porciones de terreno, a entidades mercantiles para acopio de materiales, colocación de grúas, instalación de casetas prefabricadas de obras, etc..

i) Cesiones del uso a entidades o instituciones públicas o privadas de interés público sin ánimo de lucro (arts. 187.1 LALA y 118.1 RBASO), a entidades privadas a las que se le cede el uso de un inmueble para ser destinado a fines de naturaleza social, cultural y vecinal, a instituciones públicas como es el caso del local sito en la calle Boterón, al Instituto Nacional de Servicios Sociales, hoy Instituto Aragonés de Servicios Sociales del Gobierno de Aragón, para Hogar Boterón, como centro de personas mayores. En cuanto a la cesión de inmuebles el Ayuntamiento, en sesión del Gobierno de Zaragoza[17] de 5 de diciembre de 2012, aprobó instrucciones para la cesión de bienes inmuebles patrimoniales urbanos y de derechos patrimoniales urbanos a otras entidades, siendo objeto de cesión para su uso los inmuebles de titularidad municipal y de aquellos sobre los que, sin ser de su titularidad, ostente algún derecho que legalmente le permita ceder su uso.

j) Derecho de superficie a entidades o instituciones públicas y privadas de interés público sin ánimo de lucro (art. 113.1 TRLUA). El derecho de superficie permite construir sobre suelo ajeno, es el «Derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en un inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, adquirida mediante el ejercicio de un derecho ajeno de edificar o plantar o mediante un acto adquisitivo de una edificación o plantación preexistente»[18].

k) Por lo que respecta a la venta de inmuebles, nos vamos a referir a los enajenados por la Unidad de Inventario y Patrimonio, no a los que forman parte del Patrimonio Municipal del Suelo. El procedimiento habitual es la

17 La Junta de Gobierno Local, en el Ayuntamiento de Zaragoza se denomina Gobierno de Zaragoza, por acuerdo plenario de 30 de mayo de 2008, publicado en el *Boletín Oficial de Aragón*, 82, de 17 de junio de 2008, y así bien recogido en el art. 134 párrafo segundo del Reglamento Orgánico Municipal.

18 ROCA SASTRE, R.: «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-393 (enero-febrero de 1961), pp. 7-66.

subasta, si bien caben otras fórmulas como el concurso y la permuta (arts. 188.1 de la LALA y 109.1 del RBASO). Entre los bienes enajenados tenemos: un solar en Muel (Zaragoza) o fincas rústicas en El Frasno (Zaragoza), enajenadas por subasta; inmuebles sitos en el Balneario de Panticosa del municipio de Panticosa (Huesca), adquiridos por el Ayuntamiento y permutados con la entidad mercantil Aguas de Panticosa Sociedad anónima unipersonal. El Ayuntamiento entregó fincas de su propiedad y recibió una finca rústica, hoy parte del parking Sur de la Zona Expo, así como la cantidad de 26.097,12 euros dada la no equivalencia de valores (arts. 189.1 LALA y 115.2 RBASO). En el suelo urbano del barrio de Juslibol, se enajenaron 54 parcelas cedidas a canon, donde el concesionario era titular de la construcción. El procedimiento para llevar a cabo la enajenación fue el de concurso[19], para evitar problemas sociales que se pudiesen producir, al tratarse de un titularidad dominical compartida, entre suelo y vuelo, motivando la aplicación preferente de criterios de titularidad de la concesión frente a los puramente económicos, no realizándose mediante subasta que es la regla general de la enajenación, al tratarse de parcelas utilizadas como vivienda donde el Ayuntamiento era el propietario del suelo y el concesionario de lo edificado sobre él, teniendo la enajenación la finalidad de la consolidación del dominio del vuelo con el suelo, según pliego de condiciones técnicas y de cláusulas económico-administrativas aprobadas en sesión plenaria de 31 de mayo de 2002.

En Villamayor de Gállego, cuando era barrio de Zaragoza, antes de su segregación[20], se enajenó el suelo urbano de 18 parcelas de propiedad municipal, cedidas a canon y utilizadas como vivienda, según pliego de condiciones técni-

19 Por concurso, no resulta adjudicataria la oferta económica más elevada, sino la oferta económicamente más ventajosa, que es la que en su conjunto presenta las mejores condiciones, no teniendo por qué coincidir con la que oferte el mayor precio, arts. 151 y 152 Texto refundido de la ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

20 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 181/2002 de 25 de febrero: «[...] reconocer como situación jurídica individualizada el derecho a la constitución como Municipio del núcleo de población de Villamayor, mediante segregación de la parte del término municipal de Zaragoza correspondiente a dicho núcleo. Municipio cuyo nombre será Villamayor de Gállego, siendo su población la existente en el mentado núcleo y cuyos límites serán los consignados en los fundamentos de esta sentencia [...]». Sentencia Tribunal Supremo 3616/2005 de 7 de junio: «Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento contra la Sentencia de la Sección Cuarta de refuerzo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de febrero de 2002 [...]».

cas y de cláusulas económico-administrativas aprobados por decreto del Delegado del Área de Gobierno de Hacienda y Economía de 2 de marzo de 2005 y 27 de abril de 2005. El procedimiento de la venta fue igual que el referido para Juslibol. Tres locales en calle Vicente Berdusán, dos se enajenaron por subasta, según pliegos de condiciones económico-administrativas y técnicas que regían la subasta, aprobados por Decreto del Delegado del Área de Hacienda y Economía de fecha 20 de julio de 2005, el tercer local se permutó con la entidad mercantil Autopista Vasco-Aragonesa Concesionaria Española Sociedad anónima, el Ayuntamiento recibió un local en la calle Biarritz.

2. Los bienes patrimoniales rústicos en el Ayuntamiento de Zaragoza y distintos aprovechamientos sobre los mismos

En cuanto a los bienes patrimoniales rústicos, nos referimos al suelo no urbanizable, donde el Ayuntamiento tiene unas de 13.000 hectáreas en diversos montes patrimoniales (arts. 12 LM y 11.4 LMAR) y terrenos.

En cuanto a montes (arts. 5 LM y 6 LMAR) dispone de: monte Litigio, unas 3000 hectáreas. Monte Plana de Zaragoza, unas 400 hectáreas. Monte Vedado de Peñaflor, unas 1530 hectáreas. Monte Realengo de Peñaflor, unas 2260 hectáreas. Monte Sarda Soltera, unas 80 hectáreas. Monte Vales de Cadrete, con 780 hectáreas. Monte Vales de María, unas 3415 hectáreas. Monte Acampo Hospital, unas 1000 hectáreas. Otros terrenos (art. 6 LMAR) como: restos del antiguo monte de Garrapinillos, unas 300 hectáreas. Restos del antiguo monte Miralbueno, unas 50 hectáreas. Restos del antiguo monte de Alfocea, unas 24 hectáreas. Restos del antiguo monte el Castellar, unas 10 hectáreas. Resto del antiguo monte de Juslibol, unas 100 hectáreas. En Movera, unas 2 hectáreas. En Montañana, alrededor de 1 hectárea. Y en los Galachos de Juslibol, unas 120 hectáreas, entre otros.

Hay unas 3850 parcelas arrendadas, en montes y otras zonas, entendiendo por parcela una unidad de gestión, cada tipo de cultivo es una parcela, con independencia de su superficie. En el monte de Juslibol hay 267 parcelas, en la zona de suelo no urbanizable comprendida dentro del ámbito del Plan Especial de Ordenación del Área de «Las Cuevas de Juslibol».

Por lo que respecta a los tipos de cultivo o uso de las parcelas, entre otras: 1998 de cereal secano; 22 de cereal de regadío; 7 olivos; 64 almendros; 25 frutales; 32 viñas; 23 colmenas; 953 eriales para pastos; 93 improductivas y 4 balsas.

En cuanto a los aprovechamientos en el suelo rústico, tenemos el aprovechamiento habitual y los distintos aprovechamientos especiales (arts. 185 LALA y 106 RBASO).

El aprovechamiento habitual es el agrícola con: A) Arrendamiento de parcelas rústicas municipales de secano para labores de cultivo y siembra, de cereal secano, que se rige por los pliegos aprobados por el Ayuntamiento Pleno en sesión de 26 de marzo de 1992, rectificado en sesiones de 30 de julio de 1992, 28 de junio de 1996 y 29 de noviembre de 1996. B) Arrendamiento de parcelas rústicas de regadío o susceptibles de ello, de propiedad del Ayuntamiento, de naturaleza patrimonial, aprobados los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas por Decreto del Vicealcalde-Consejero del Área de Presidencia, Economía y Hacienda de 12 de febrero de 2014.

Aprovechamientos especiales, como:

a) Colmenas, eras, corrales, cobertizos, cuevas, leñas, muérdago, viviendas, anexos a viviendas y los cultivos leñosos de olivar secano, almendro y viña, que se rigen por los pliegos de condiciones generales técnicas y administrativas a que han de ajustarse dichas concesiones, aprobado en sesiones plenarias de 14 de abril de 1945, 16 de junio de 1956 y 13 de julio de 1964.

b) Cinegéticos, que se rigen por los pliegos aprobados por Decreto del Vicealcalde-Consejero del Área de Presidencia, Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, para la adjudicación de la cesión de uso de parcelas rústicas municipales patrimoniales, en los montes patrimoniales municipales: Vedado y Realengo de Peñaflor, Litigio y Acampo Hospital, Plana de Zaragoza, Vales de Cadrete y Vales de María. Una vez adjudicada la superficie municipal, el aprovechamiento se realiza previa solicitud de declaración de coto de caza ante el organismo competente y bajo la fórmula de Coto Deportivo, (arts. 24 y 25 de la Ley 1/2015, de 12 de marzo, de Caza de Aragón). En los pliegos se establecen una serie de criterios que sirven de base para la adjudicación en función de los cuales se concreta la valoración de las proposiciones, por lo que no sólo la oferta económica más elevada es la que resulta adjudicataria, sino la oferta más ventajosa;

c) Pastos para lanar y cabrío, que se rigen por los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas aprobadas por Decreto del Vicealcalde y Consejero de Presidencia, Economía y Hacienda de10 de octubre de 2012, para la adjudicación de la cesión de uso de parcelas rústicas municipales patrimoniales en los montes patrimoniales de propiedad municipal: montes Vedado y Realengo de Peñaflor, con una superficie de 1650 hectáreas, 1450 cabezas de ganado lanar y 50 cabrías. Plana de Zaragoza, con 283 hectáreas, 275 lanares y 10 cabrías. Vales de Cadrete, con 74 hectáreas, 100 lanares y 10 cabrías. Sarda Soltera, con 70 hectáreas, 100 lanar y 10 cabrías. Y Vales de María, con 2100 hectáreas, 1950 lanares y 50 cabrías. Con la finalidad de su aprovechamiento ganadero de hierbas

y rastrojos se establecen una serie de criterios que sirven de base para la adjudicación en función de los cuales se concreta la valoración de las proposiciones, resultando adjudicataria la oferta más ventajosa.

d) Pastos para ganado vacuno con arrendamiento de parcelas en el monte Acampo Hospital, arrendamiento de la parcela por Decreto del Vicealcalde-Consejero del Área de Presidencia, Economía y Hacienda de 27 de febrero y 15 de mayo de 2013, con una extensión de 220 hectáreas.

e) Explotaciones Fotovoltaicas, en Acampo Hospital, por Decreto del Consejero del Área de Hacienda, Economía y Régimen Interior de 7 de octubre de 2009, mediante la cesión de uso por un periodo de veinticinco años de parte de una parcela a la entidad mercantil Expo Zaragoza Empresarial Sociedad anónima, con destino a la instalación de cinco centrales fotovoltaicas de 100 kilovatios de potencia cada una, estableciéndose el precio de la cesión en 8000,00 euros al año, así como 7 céntimos de euro por metro cuadrado y año por la superficie ocupada por caminos y línea eléctrica subterránea y una participación del 0,4% en la facturación entre el cuarto y el undécimo año, y del 0,6% entre el duodécimo y el vigésimo quinto año.

f) Constitución de servidumbre de paso de energía eléctrica en parcelas del monte Acampo Hospital, por Decreto del Consejero del Área de Hacienda, Economía y Régimen Interior de 3 de febrero de 2010, con la instalación de un línea aéreo-subterránea de media tensión de los parques eólicos Espartal y Acampo Hospital.

g) Eólicos, hay tres parques eólicos en suelo municipal, uno de ellos en el Monte Vales de María, con un total de 45 aerogeneradores, el Ayuntamiento arrendó las parcelas, por un período de treinta años, recibiendo en concepto de renta la cantidad anual de 1803,04 euros por aerogenerador, así como un canon de participación en la facturación que realice la empresa por esa instalación del 0,3% entre el sexto y el undécimo año, y el 0,6% entre el duodécimo y el trigésimo año.

IV. **CONCLUSIONES**

Visto lo expuesto sobre la utilización y aprovechamiento de los bienes del Ayuntamiento, se formulan las siguientes conclusiones.

1. Con el paso el tiempo, Zaragoza ha evolucionado, transformándose y creciendo, hasta convertirse en una de las ciudades más importantes de España, importancia que ya tuvo en otros momentos, con una gran riqueza patrimonial.

2. Sin obviar ninguna época de la historia de la ciudad, es a partir de las primeras elecciones democráticas en los municipios, donde los bienes inmuebles y su gestión adquieren significación, al tener los Ayuntamientos un mayor protagonismo por ser la administración más cercana al ciudadano.

3. Desde el primer Ayuntamiento democrático surgido de las urnas en el año 1979, siendo elegido alcalde don Ramón Sáinz de Varanda y Jiménez de la Iglesia, hasta la actual Corporación presidida por don Pedro Santiesteve Roche, los bienes inmuebles y su gestión, tienen más relevancia, con el acercamiento del Ayuntamiento a los ciudadanos y el incremento de los servicios a prestar, con el correspondiente aumento de sus bienes inmuebles como Campos de Fútbol, Centros Cívicos, Centros Deportivos, Ludotecas o Centros de Convivencia para Mayores, siendo su correcta utilización y aprovechamiento fundamentales para el buen funcionamiento de la Institución.

4. El Ayuntamiento asume la gestión de sus bienes de forma directa, a través de su propia organización o de entes instrumentales como son los Patronatos y las Sociedades Municipales; o de forma indirecta, mediante concesión, participación minoritaria en sociedades mercantiles de capital mixto, fundaciones y consorcios.

5. Los distintos equipos de gobierno que ha habido y hay en el Ayuntamiento, han decidido y deciden qué inmuebles adquirir o enajenar, cómo utilizarlos y aprovecharlos, y cómo gestionarlos.

6. Hay un gran debate sobre estas cuestiones, que denotan la importancia que tienen los bienes en la gestión municipal, y es que el desarrollo humano va asociado al nacimiento y desarrollo de las ciudades, lo que implica la prestación de una serie de servicios básicos para el progreso de las personas que formamos la comunidad. Esta labor es la que realizan los poderes locales, es decir, los Ayuntamientos, que surgen para satisfacer las necesidades vecinales.

V. **BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES**

1. **Bibliografía**

AYUNTAMIENTO DE ZARAGOZA: *Descripción de las calles, Plazas, Plazuelas, Puertas y Paseos de la Ciudad de Zaragoza,* Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 1860. Recuperado de http://bibliotecavirtual.aragon.es/, el día 1 de abril de 2016.

- *Jornadas sobre patrimonio e inventario de bienes, aspectos jurídicos, económicos y de gestión*, Ayuntamiento de Zaragoza, Zaragoza, 1990.

BERMEJO VERA, J. (dir.): *Derecho Administrativo. Parte Especial*, 7ª ed. Madrid, Civitas, 2009, parte III, cap. I.

COBO OLIVERA, T.: *Régimen jurídico de los bienes de las entidades locales*, Barcelona, Bayer Hermanos, 1992.

- *La tutela del patrimonio de las Entidades Locales*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1996.
- *Adquisición, utilización y enajenación de los bienes de las Entidades Locales*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 1997.
- *Régimen Jurídico de los bienes de las entidades locales*, Madrid, El consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, 2006, parte I, cap. I.

COLOM PIAZUELO, E.: «Las cosas públicas y su régimen jurídico», en *Revista Justicia Administrativa*, núm. extraordinario, 2006, pp. 7-46.

- «Bienes locales», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2009*, Zaragoza, 2010, pp. 123 a 135.
- «Bienes locales», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2010,* Zaragoza, 2011, pp. 131 a 139.
- «Bienes locales», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011,* Zaragoza, 2012, pp. 127 a 136.
- «Bienes locales», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2012, Zaragoza, 2013, pp. 143 a 148.*
- «Bienes locales», *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013,* Zaragoza, 2014, pp. 167 a 175.
- «Bienes locales», *en Anuario Aragonés del Gobierno Local 2014,* Zaragoza, 2015, pp. 151 a 167 y pp. 241 a 272.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo,* 25 ed., Navarra, Thomson / Civitas, 2014.

EMBID IRUJO, A.: *La defensa de los comunales*, Madrid, Civitas, 1994.

GONZAGA MARTÍNEZ DEL CAMPO, L.: «La construcción de identidades colectivas a través de la toponimia urbana del nomenclátor callejero de Zaragoza en 1860 y 1940», en ROMERO *et al.* (coord.): *Universo de Micromundos. VI Congreso de Historia local de Aragón,* Zaragoza, Institución Fernando el Católico, 2009, pp. 203 a 220.

LÓPEZ RAMÓN, F.: «Teoría Jurídica de las Cosas Públicas», *Revista de Administración Pública*, 186 (2011), pp. 9-15.
Recuperado de dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3802791.pdf, el 16 de enero de 2016.

- *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Pamplona, Aranzadi, 2012.

ROCA SASTRE, R.: «Ensayo sobre el derecho de superficie», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 392-393 (enero-febrero de 1961), pp. 7-66.

2. **Normativa municipal consultada**

Reglamento Orgánico Municipal, aprobado por el Ayuntamiento Pleno, en sesión de 26 de noviembre de 2004. Recuperado de https://www.zaragoza.es/, el día 23 de febrero de 2016.

Reglamento de Órganos Territoriales y Participación Ciudadana, aprobado por el Ayuntamiento Pleno, en sesión de 28 de julio de 2005. Recuperado de https://www.zaragoza.es/, el día 22 de febrero de 2016.

Reglamento del Inventario General del Ayuntamiento de Zaragoza, aprobado por el Ayuntamiento Pleno, en sesión de 27 de julio de 2015. Recuperado de https://www.zaragoza.es/, el día 30 de marzo de 2016.

3. **Jurisprudencia**

Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 181/2002, de 25 de febrero. Recuperada de http://www.poderjudicial.es/, el día 20 de abril de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3616/2005, de 7 de junio. Recuperada de http://www.poderjudicial.es/, el día 20 de abril de 2016

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª) núm. 453/2011, de 14 de octubre. Recuperado de http://www.poderjudicial.es/, el día 6 de mayo de 2016.

4. **Páginas web consultadas**

Ayuntamiento de Zaragoza: http://www.zaragoza.es/ (10 de febrero de 2016).

NOTAS

Sentencia de 16 de febrero de 2017 del Tribunal Constitucional

Comentario a Sentencia de 16 de febrero de 2017 del Tribunal Constitucional dictada en la cuestión de inconstitucionalidad 1012/2015 formulada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Donostia contra la Norma Foral 16/1989, de 5 de julio del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana del Territorio Histórico de Gipuzkoa

José Luis Espelosín Audera

I. INTRODUCCIÓN: EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN DE INCONSITITUCIONALIDAD

A finales del 2007-2008 con el estallido de la burbuja inmobiliaria se presentó un escenario desconocido en el sector inmobiliario de nuestro país, el suelo no es que aumente constantemente de valor, o que al menos no se deprecie, es que su valor cae bruscamente y los ciudadanos observan atónitos como su inversión, teóricamente la más segura en términos de riesgo económico, se desploma y se producen pérdidas económicas cuantiosas en las transmisiones inmobiliarias.

Esto, añadido al incremento de los valores catastrales que se ha producido en los últimos años y al sistema objetivo de cuantificación de la base imponible del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante IIVTNU) establecido en los arts. 107 y 110.4 del RD Legislativo 2/2004 de 5 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales (en adelante TRLRHL) que hace que se deba tributar por este impuesto aun en los supuestos de inexistencia de incremento de valor, ha dado lugar a situaciones verdaderamente injustas para el contribuyente, y que en ocasiones han rayado lo confiscatorio.

Previamente al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad por el Juzgado núm. 3 de lo Contencioso-Administrativo de Donostia que ha dado lugar a la Sentencia de 16 de febrero de 2017 del Tribunal Constitucional, el Tri-

bunal Superior de Justicia de Cataluña en sus sentencias de 21 y 22 de marzo y 9 de mayo de 2012 se pronunció sobre esta cuestión del siguiente modo:

> Cuando se acredite y pruebe que en el caso concreto no ha existido en términos económicos y reales, incremento alguno, no tendrá lugar el presupuesto de hecho fijado por la Ley para configurar el tributo y este no podrá exigirse por más que la aplicación de las reglas del art. 107.2 siempre produzca la existencia de teóricos incrementos [...].

añadiendo respecto a la base imponible que

> [...] De la misma forma la base imponible está constituida por el incremento del valor de los terrenos el cual ha de prevalecer sobre lo que resulte de la aplicación de las reglas del artículo 107 que sólo entrarán en juego cuando el primero sea superior [...].

Ya con posterioridad a la cuestión de constitucionalidad, la sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 julio 2015 señala que la hermenéutica de los preceptos reguladores, arts. 104,107 y 110.4 del TRLRHL impone una distinción fáctica entre los supuestos generadores de pérdidas o ganancias cero en los que la transmisión se efectúa por valor inferior al de adquisición en los cuales no se produce el hecho imponible (articulo 104), y supuestos en los que hay un incremento, aunque sea mínimo, en cuyo caso es subsumible en el art. 104, y ab initio resulta de aplicación la regla objetiva de valoración del art. 107.

Apunta esta sentencia que sólo en lo supuestos de transmisiones generadoras de escasos incrementos debemos plantearnos la posible inconstitucionalidad de los preceptos de los arts. 107 y 110.4, añadiendo la misma Sala en su sentencia de 20 abril 2016 que: «[...] la carga de la prueba sobre la inexistencia de incremento de valor que determina la falta de realización del hecho imponible y por ello el no devengo del tributo, recae sobre al parte actora».

La doctrina de estas Salas, al no haberse pronunciado el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, es seguida mayoritariamente por la práctica totalidad de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia así como por los Juzgados unipersonales, si bien los pronunciamientos se centran en la existencia o no del hecho imponible del impuesto, señalando que si existe hecho imponible, la única forma de determinar la base imponible es mediante la aplicación de las reglas de los arts. 107 y 110.4

La cuestión de constitucionalidad del Juzgado núm. 3 de Donostia se formula contra los arts. 1, 4 y 7.4 de la Norma Foral 16/1989 de 5 de julio del Territorio Histórico de Gipuzkoa reguladora del IIVTNU y arts. 107 y 110.4 del TRLRHL por la posible violación del principio de capacidad económica consagrado en el art. 31 de la Constitución Española (en adelante CE).

En el recurso contencioso-administrativo del que trae causa la cuestión se trata de una empresa que vende en el año 2014 por 600.000 euros un inmue-

ble adquirido en el año 2004 por 3.101.222,45 euros, y fruto de esa transmisión el Ayuntamiento de Irun le giró una liquidación del impuesto por importe de 17.899,44 euros.

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA: SUS FUNDAMENTOS

La sentencia en su Fundamento Jurídico 1º nos señala que como la pretensión planteada en el proceso contencioso-administrativo del que dimana la cuestión que ahora nos ocupa es la anulación de una liquidación dictada al amparo de la norma foral, debe excluirse cualquier análisis de la constitucionalidad de los arts. 107 y 110.4 ya que no son aplicables al proceso a quo, declaración que traslada al fallo declarando inadmisible el recurso respecto a estas normas. Aunque el Juzgado que plantea la cuestión incluye en ella el art. 1 de la Norma Foral (que regula el hecho imponible del impuesto) lo cierto es que las dudas de constitucionalidad se limitan, de una parte a la forma de determinación del incremento del valor (art. 4) y de otro a la imposiblidad de acreditación de un valor diferente al que resulta de la correcta aplicación de las normas del impuesto (art. 7.4), por lo que excluye del proceso el art. 1 de la Norma Foral aunque dicha inadmisión, al contrario que respecto a los otros preceptos, no la traslada al fallo de la sentencia.

Igualmente excluye el contenido de las letras b) c) y d) del apdo. 2 del art. 4 de la Norma Foral que contiene reglas especiales de determinación de la base imponible para supuestos concretos que no son de aplicación al supuesto de hecho del que trae causa el proceso constitucional. En definitiva los preceptos cuestionados son los arts. 4.1, 4.2.a) y 7.4 de la Norma Foral que son transcripción literal de los arts. 107.1, 107.2 y 110.4 del TRLRHL.

En el Fundamento Jurídico 2º centra la cuestión de inconstitucionalidad considerando que imputar a quienes transmiten un terreno de naturaleza urbana por un importe inferior al de su adquisición, mediante una ficción legal una renta no real, sin posibilidad de articular una prueba en contrario, conduce al gravamen de una inexistente capacidad económica que va en contra del art. 31 de la CE

El Tribunal nos recuerda que el fundamento del impuesto radica en el art. 47 de la CE que indica que la comunidad participará en las plusvalías que genera la acción urbanística de los entes públicos, y que a su vez el art. 31 CE establece el deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica.

En primer lugar y tras indicar que es constitucionalmente admisible que el legislador establezca impuestos que sin desconocer este principio estén orientados al cumplimento de fines o satisfacción de intereses públicos, en ningún caso podrá gravar supuestos en los que la capacidad económica sea inexistente virtual o ficticia, ya que debe ser real o al menos potencial.

En segundo lugar, que el principio de la capacidad económica del art. 31.1 CE, debe predicarse de cada uno de los impuestos, no del sistema tributario en su conjunto, siendo por ello un límite al poder legislativo en materia tributaria, y si no hay una riqueza potencial o real, no se puede gravar.

En tercer lugar, considera que ese efecto acorde con la capacidad económica debe serlo respecto de cada ciudadano, puesto que la CE habla de «su» capacidad económica y no de «la» capacidad económica, de lo que se sigue que debe atenderse al resultado concreto, pues debe gravar un hecho imponible en el que haya «alguna fuente de capacidad económica».

En cuarto lugar, una vez determinada la existencia de capacidad económica, ya no se exige una modulación en función de la concreta capacidad económica revelada en cada tributo, considerando que en ese caso sí que debe atenderse al sistema tributario «en su conjunto», siempre que no agote la riqueza imponible, en cuyo caso es confiscatorio.

Es en el Fundamento Jurídico 3º, tras la explicación de su doctrina de la capacidad económica, donde el Tribunal argumenta esencialmente su fallo.

El Tribunal señala que este Impuesto grava, según su configuración normativa, el incremento de valor puesto de manifiesto en el momento del devengo y que se ha experimentado en un periodo máximo de 20 años.

A pesar de que el objeto es el incremento de valor, el gravamen no se anuda necesariamente en la existencia de ese incremento, sino en la mera titularidad del terreno durante el periodo computable, es decir, basta ser titular del terreno para que el legislador anude como consecuencia inseparable e irrefutable un incremento de valor sometido a tributación que se cuantifica automáticamente con independencia del *quantum* del mismo o de su propia existencia.

Tras indicar que no es un impuesto que grave la transmisión patrimonial (sin perjuicio de que se aproveche de ella para provocar el nacimiento de la obligación tributaria) ni en un impuesto que grave el patrimonio, recuerda su propia doctrina sentando que la titularidad de un bien inmueble no arrendado es una manifestación de una capacidad económica que conecta con la atribución de un rendimiento potencial a efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en consecuencia es plenamente válida y aceptable la opción legislativa de someter a tributación los incrementos de valor mediante el recurso a un sistema

de cuantificación objetiva de capacidades económicas potenciales en lugar de hacerlo en función de la efectiva capacidad económica puesta de manifiesto.

En este Fundamento Jurídico 3º no desautoriza la fórmula utilizada para cuantificar la base imponible en todo caso, sino en la medida en que pueda dar un resultado de gravamen cuando no ha habido incremento, lo que precisará de una regulación específica para establecer cómo se fijará todo esto.

El sistema de cuantificación objetiva incluye por tanto aquellos supuestos en los que se haya podido producir un decremento en el valor objeto de la transmisión, y en estos supuestos lejos de someter a gravamen una capacidad económica susceptible de gravamen, estaría haciendo tributar por una riqueza inexistente en abierta contradicción con el principio de capacidad económica.

De esta manera el Tribunal concluye que los preceptos enunciados deben ser declarados inconstitucionales aunque solo en la medida que no han previsto excluir del tributo a las situaciones inexpresivas de capacidad económica por inexistencia de incrementos de valor.

En el Fundamento Jurídico 4º rechaza los planteamientos alternativos sostenidos tanto por las Juntas Generales y la Diputación Foral de Gipuzkoa como por la Abogada del Estado y el Fiscal General del Estado para salvar la constitucionalidad de la norma. A juicio de éstas, los preceptos cuestionados admitirían una interpretación constitucional conforme a la cual, en aquellos supuestos en los que no se hubiese manifestado una plusvalía por ser inferior el valor de transmisión del terreno al de adquisición, no se habría devengado el tributo al no haberse realizado el presupuesto de hecho previsto en la ley para provocar el nacimiento de la obligación tributaria, siendo posible, a tal fin, promover el procedimiento de tasación pericial contradictoria en orden a la acreditación de la inexistencia de ese incremento de valor, planteamiento que valida lo efectuado hasta ahora por los Juzgados y Tribunales.

Sin embargo, el Tribunal considera que no es posible asumir la interpretación salvadora de la norma cuestionada que se propone porque, al haberse establecido un método objetivo de cuantificación del incremento de valor, la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual inexistencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento, y además nos indica que la crisis económica ha convertido lo que podría ser un efecto aislado en un efecto generalizado al que necesariamente la regulación normativa debe atender de modo que no podemos afirmar que estemos ante un efecto excepcional inevitable, estamos en presencia de una auténtica ficción jurídica conforme a la cual la mera titularidad de un terreno de naturaleza urbana genera, en todo caso, en su titular, al momento de su transmisión y al margen de las circunstancias reales de cada supuesto, un incremento de valor sometido a tributación, respecto

del cual, la norma no permite acreditar un resultado diferente al resultante de la aplicación de las reglas de valoración que contiene.

En esta línea argumental en el Fundamento Jurídico 6º rechaza la posibilidad de aplicar una interpretación forzada, como han venido haciendo los Juzgados y Tribunales, considerando que si no hay incremento no puede aplicarse el tributo, pues considera que «la normativa reguladora no admite como posibilidad ni la eventual existencia de un incremento ni la posible presencia de un decremento» –generándose para la norma el incremento por la mera titularidad y su transmisión– pues entiende que ello supondría reconstruir la norma en contra del evidente sentido que se le quiso dar y aceptar que se ha dejado al libre arbitrio del aplicador (a los entes locales en vía de gestión, o a los órganos judiciales en vía de revisión), tanto la determinación de los supuestos en los que nacería la obligación tributaria, como la elección en cada caso concreto, del modo de llevar a cabo la determinación del eventual incremento o decremento, lo que chocaría no sólo contra el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino contra el propio principio de reserva de ley que rige la materia tributaria (arts. 31.3 y 133.1 y 2, ambos de la CE).

En definitiva, aun dando la razón a los órganos judiciales respecto del fondo les desautoriza respecto del procedimiento.

La consecuencia práctica de esto último es que los órganos judiciales deberían o plantear la cuestión de inconstitucionalidad o, más razonablemente, suspender los autos en espera de que se resuelvan las ya planteadas respecto del TRLRHL, por ejemplo la núm. 409/2016 promovida por el Juzgado núm. 22 de Madrid, *BOE* de 8-3-2016.

Finalmente en el Fundamento Jurídico 7º, antes de pronunciar el fallo y tras dejar bien claro que el impuesto no es con carácter general contrario al texto constitucional (solo en los supuestos en los que somete a tributación situaciones inexpresivas de capacidad económica, esto es aquellas que no presentan aumento de valor del terreno en el momento de la transmisión), hace una llamada al legislador al indicar que la forma de determinar la existencia o no de un incremento susceptible de ser sometido a tributación es algo que solo corresponde al legislador, en su libertad de configuración normativa a partir de la publicación de la sentencia, llevando a cabo las modificaciones o adaptaciones pertinentes.

El Fallo de la Sentencia declara inconstitucionales y nulos dichos preceptos, pero únicamente en la medida que someten a tributación situaciones de inexistencia de incremento de valor.

La índole del fallo crea dudas, pero entendemos que está dirigida al legislador, es decir, le indica cómo puede no ser inconstitucional la norma que dicte

pero a los aplicadores les dice que no pueden aplicar la norma verificando si hay incremento o no, al no tener reglas para ello.

Es previsible que la, esperamos que inminente, sentencia sobre la normativa estatal (respecto a la Norma Foral 46/1989 de 19 de julio del Territorio Histórico de Alava ha dictado sentencia de 1 de marzo de 2017 en los mismos términos) se pronuncie en el mismo sentido respecto a los arts. 107 y 110.4 pero debemos señalar que si bien la sentencia de 16 de febrero valida expresamente, aunque sin mucho énfasis, este sistema de cuantificación objetiva y su constitucionalidad, pero únicamente en la medida en que se sometan a tributación situaciones en las que no se haya producido un efectivo incremento del valor del terreno transmitido, nuestra opinión es que este pronunciamiento se queda un poco corto al no hacer referencia a aquellos supuestos en los que en la transmisión de un terreno se ponga de manifiesto un efectivo incremento de valor pero de importe significativamente inferior al que deriva de la aplicación de las reglas de determinación de la base imponible, por lo que no esperamos que la previsible sentencia sobre la normativa estatal aborde esta cuestión matice este inicial pronunciamiento y dejará con toda seguridad, en la línea de lo manifestado en el Fundamento Jurídico 7º, su debate para la sede legislativa.

III. LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Una vez se dicte la sentencia por el Tribunal, se producirá un vacío normativo que permitiría, para las liquidaciones ya practicadas y sin el obstáculo existente en los preceptos cuestionados, aplicar el principio de que sin hecho imponible no hay tributo, en el cual, en espera de que se dicten normas en las que se establezca cómo determinar si ha habido o no incremento, los Juzgados y Tribunales deberán operar en función de reglas generales de la prueba (comparar escrituras de adquisición y transmisión, aportación de periciales, etc.), subsistiendo los problemas que existen en la actualidad, ya que ¿son los Ayuntamientos los que deben probar la existencia del incremento? O ¿son los contribuyentes los que deben probar su inexistencia? y ¿mediante qué procedimiento?

En cuanto a las transmisiones que se produzcan a partir de la sentencia, creo que los Ayuntamiento se encontrarán con un vacío normativo, pues no hay regulación sobre cómo determinar si hay o no incremento, que les debería llevar, en mi opinión, a suspender las liquidaciones hasta que se despeje el panorama legal, pues hay definición del hecho imponible pero falta el instrumento de determinación de si concurre o no.

En mi opinión, estas modificaciones legislativas, más allá del difícil juego de mayorías políticas actual en el poder legislativo, no se antojan excesivamente complicadas, ya que bastaría con la modificación del art. 104.1, para establecer una presunción de cuándo se considera que se produce incremento (por ejemplo, cuando el valor catastral en el momento de la transmisión sea superior al valor catastral en el momento de la adquisición o, si esta fue más de veinte años anterior, en ese año veinte anterior, estableciendo además el método de actualización de este valor), de forma que ya no se establecería «una ficción» sino «una presunción» de la existencia del incremento del valor. Además, el gravamen ya no se anudaría únicamente a la mera titularidad del terreno durante un periodo de tiempo, sino también a la existencia de incremento de valor, así como la modificación del art. 110.4 para permitir que los contribuyentes puedan demostrar la inexistencia de incremento de valor.

En cuanto los efectos de la sentencia respecto a las liquidaciones que sean firmes por haber sido consentidas, o haya transcurrido el plazo de 4 años para instar la rectificación de las autoliquidaciones, o en las que hayan recaído sentencias firmes desestimatorias de los recursos, aunque sea por motivos distintos a estos, recordar que el art. 40 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, y en este sentido debemos recordar que el Tribunal Constitucional en su sentencia de 21 de julio de 2016 respecto de la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia, indica que la previsión del art. 40 responde al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) proclama que esta declaración de inconstitucionalidad solo será eficaz pro futuro, esto es en relación con nuevos supuestos, y que por tanto no procede la devolución de las cantidades pagadas por los justiciables en relación con las tasas declaradas nulas.

Del mismo modo entiendo que, salvo mejor criterio, no cabe la aplicación de los procedimientos especiales de revisión del art. 216 de la Ley General Tributaria.

Finalmente indicar que en teoría, quedaría abierta la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pero las dificultades que para ello ofrece en términos prácticos el art. 32, apdos. 3 y 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, hacen suponer que esta vía sea impracticable, al menos en la inmensa mayoría de los casos.

DOCUMENTACIÓN

Dictamen 238/2016

De 18 de octubre, sobre la resolución de contrato de gestión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso (NFU) suscrito por la Diputación General de Aragón.

En 2007 se licita la gestión de este servicio, GESNEUMA se hace cargo de la gestión de los neumáticos fuera de uso dentro del territorio aragonés. En los años de vigencia del contrato se producen numerosos incumplimientos por parte de la concesionaria –acumulación de retrasos en la prestación de servicio público, el incumplimiento de la normativa en materia de incendios que exigía a la concesionaria no superar las pilas de neumáticos en más de 1000 metros cúbicos, el compromiso adquirido por contrato con la concesionaria era reciclar el cien por cien de los neumáticos fuera de uso y sin embargo, en 2014 a través de una inspección se constató la existencia de una planta de pirolisis para la producción de energía en el mismo terreno en el que se desarrollaba el servicio público– que llevaron a iniciar en junio de 2016 el procedimiento de resolución del contrato por incumplimiento culpable de la concesionaria Gestión de Neumáticos de Aragón, SA.

El 18 de julio de 2016 se dicta la orden del Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad por la que se inicia el procedimiento sobre la resolución del contrato de concesión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso. El acuerdo de inicio del procedimiento de resolución fue notificado el 18 de julio de 2016. Asimismo, el 25 de julio de 2016, se publicó el anuncio de la Dirección General de Sostenibilidad en el Boletín Oficial de Ara-

gón. El 5 de septiembre de 2016 se solicitó, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.3.g) del Decreto 167/1985 por el que se regula la organización y funcionamiento de la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón, y el artículo 109 del RGLCAP, informe de la propuesta de orden del Consejero de Desarrollo Rural y Sostenibilidad por la que se resolvía el contrato vigente entre el Gobierno de Aragón y la concesionaria GESNEUMA, de 23 de febrero de 2007, para la prestación del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso en la Comunidad Autónoma de Aragón, por incumplimiento culpable de la concesionaria. El mismo es emitido con fecha 8 de septiembre de 2016. Posteriormente se solicitó dictamen preceptivo al Consejo Consultivo de Aragón, que es emitido el 18 de octubre de 2016 resultando favorable a la resolución contractual.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I

En relación a la competencia del Consejo Consultivo

Entre las funciones asignadas al Consejo Consultivo se halla el ser consultado preceptivamente en la «*resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista*» (art. 15.8 Ley 1/2009 de 30 de marzo, del Consejo Consultivo de Aragón –LCCA–). Ello acoge la regla previamente asentada en el art. 56.1.f del Texto Refundido de la Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón, que lo hacía en consonancia con los preceptos del mismo tenor contemplados en la legislación contractual (art. 59.3.a del Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio –TRLCAP–), como lo hace también, en la actualidad, el art. 211.3.a del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público –TRLCSP–, al disponer que «será preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos de interpretación, nulidad y resolución, cuando se formule oposición por parte del contratista», por lo demás, en armonía con lo que previamente ya contemplaba el art. 109 RGCAP.

En relación a la competencia del Pleno o de la Comisión, ha de atenderse al art. 20.1 de la Ley 1/2009 y art. 19.1 ROFCCA, que establecen la competencia residual de esta en aquellos asuntos no atribuidos expresamente al Pleno por el art. 19 de la Ley.

II

Sobre la legislación contractual a observar

Siguiendo una amplia tradición en materia de contratos administrativos, la legislación que regula su cumplimiento, efectos y extinción, es la vigente al momento de la adjudicación (DT 1ª LCAP de 1995, DT 1ª TRLCAP, DT 1ª LCSP, DT 7ª LES, DT 1ª TRLCSP), lo que nos lleva a la aplicabilidad del citado TRLCAP, dada la fecha de adjudicación del contrato en 2007, previamente a la entrada en vigor a la LCSP del mismo año.

Así ha sido tomado como referencia desde el inicio del expediente que es sometido a nuestra consideración. Así ha sido informado adecuadamente por el Servicio Jurídico de la Diputación General de Aragón. Así ha sido considerado en la propuesta de resolución que se formula, y así lo corroboramos nosotros en este momento y a través de estas líneas, sin perjuicio de asumir que no nos hallamos ante una regla absoluta y que cada vez es mayor la avalancha de normas contractuales que originan la aplicación de nuevas reglas a contratos celebrados con anterioridad a ellas.

III

Sobre la duración del procedimiento

Como es sabido, a tenor de lo prevenido en el art. 13 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, «El plazo para resolver y notificar los procedimientos de resolución de los contratos celebrados por las entidades que, a efectos de contratación, tengan la consideración de Administraciones Públicas será de *seis meses contados desde* la fecha en la que el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, acuerde la incoación del procedimiento de resolución».

El precepto es de singular dicción, dado que la automaticidad de la caducidad solo opera en los procedimientos iniciados de oficio. Mas, al margen de esto, por motivos de seguridad jurídica hemos sustentado en dictámenes precedentes que dicha regla solo es aplicable a los contratos adjudicados tras la vigencia de la Ley, por lo que, en nuestro caso, habría de regir el plazo supletorio de tres meses prevenido en el art. 42.3 LRJAP, vigente en la fecha de iniciación del procedimiento. Este plazo puede ser atemperado, entre otras causas, por la incidencia de las previsiones establecidas en los arts. 49 y 42.5 LRJAP, revistiendo particular interés el supuesto del art. 42.5.c LRJAP (obtención de informes

preceptivos y determinantes) por ser el que atañe a la remisión de la documentación al Consejo Consultivo de Aragón. En este supuesto, el procedimiento puede quedar suspendido, tal como declara el precepto legal, por un máximo de tres meses y siempre que se respete el requisito, que impone la norma legal, de comunicar a los interesados la solicitud del informe y su recepción (en este sentido, dictámenes del Consejo de Estado 989/2011, de 27 de julio y 1018/2012, de 31 de octubre, y del Consultivo de Madrid 336/10, de 13 de octubre, 140/11, de 6 de abril, 546/11, de 5 de octubre y 221/12, de 18 de abril de 2012, así como STS de 20 abril 2015, RJ 2015\1704).

En nuestro caso, consta el haber dado cumplimiento a los requisitos prevenidos por el citado art. 42.5.c LRJAP por lo que ha quedado suspendido el plazo para resolver y notificar durante el máximo legal de tres meses o hasta que el órgano administrativo reciba el informe solicitado. Paralelamente, deberá ser también comunicada la recepción del informe y la reanudación del procedimiento a todos los interesados.

IV

Sobre las causas de resolución invocadas por la Administración
(punto primero de la propuesta de resolución)

Como es sabido, a tenor de lo prevenido en el art. 59 TRLCAP (Prerrogativas de la Administración –en armonía con el actual art. 210 TRLCSP–), «Dentro de los *límites* y con sujeción a los *requisitos* y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, *acordar su resolución y determinar los efectos de esta*».

Para poder acordar la resolución por parte del órgano de contratación, es preciso que concurra alguna de las causas relacionadas en los arts. 111 y 167 TRLCAP, debiendo recordarse que no son causas tasadas, dado que el art. 111.h TRLCAP amplía el abanico de las existentes a «las establecidas expresamente en el contrato», aunque, el pliego cuestionado en nuestro caso (véase cláusula 41 PCAP) no es precisamente explícito en cuanto a la descripción de la esencialidad de los motivos que pudieran dar lugar a una resolución en el contrato.

La Administración proponente efectúa una identificación y enumeración de las causas que podrían determinar la resolución contractual con arreglo a lo prevenido en los citados artículos del TRLCAP así como en lo prevenido en la cláusula 41 PCAP. El abanico de incumplimientos denunciado llama realmente

la atención por su número, obviamente inusual, así como la amplitud descriptiva de los mismos, también inusual. Y, peculiarmente en este caso, ninguno de tales denunciados incumplimientos ha sido objeto de respuesta concreta por parte del concesionario.

Ante la falta de contestación e información alguna por parte del concesionario o de terceros, hemos de asumir como ciertas las infracciones contractuales denunciadas (por otra parte corroboradas en las inspecciones realizadas y confirmadas por las fotografías aéreas) y aceptar que, efectivamente, ha sido quebrado el modelo contractual, por no almacenar las materias primas y la granza de caucho de conformidad con lo prevenido en las cláusulas 2.2.5.3.2.1, 2.2.5.3.2.2 y 2.3.2.2 PPT; no construyendo los silos a los que el contratista se hallaba obligado; construyendo y utilizando una planta de pirólisis sin autorización; demorando el cumplimiento de las prestaciones a las que estaba obligado el contratista, rebasando el volumen de apilamiento autorizado; no respetando las condiciones de almacenamiento al aire libre; y excediendo de los plazos legales de almacenamiento (de ahí el retraso en las operaciones de triturado); y, además de ello, destinando parte del granulado de caucho de NFU a cementeras de Castilla La Mancha, con la elusión de la obligación de identificar y acreditar que todas las operaciones finales a las que se destinan los NFU o las materias resultantes de su triturado; contratando el destino del granulado de caucho a operaciones de pirólisis, incompatible con su reciclado; trasladando, sin autorización, NFU enteros a otras instalaciones de gestión de residuos, y facultando su mezcla con otros NFU no sujetos al contrato concesional; suspendiendo, también sin autorización alguna, la prestación del servicio. Y todo ello, aderezado con una indebida emisión de certificaciones, con una actitud obstructiva y en cualquier caso con ocultación de datos y con falta de colaboración con la Administración, con defecto de control y de información sobre los productos manejados, con incremento del riesgo de incendio y de causación de daños a personas y bienes, y con quebranto de la normativa ambiental.

El abanico de incumplimientos contractuales se revela, pues, apriorísticamente notorio. Bastaría para justificar la resolución contractual el recordar la regla general de la procedencia de realizarla como consecuencia de la no realización de la prestación convenida y que configuró la causa de la celebración del contrato (arts. 1261 y 1274 CC). El incumplimiento como causa de resolución, no es solo propio o específico de este contrato administrativo, pues se inserta en los principios que presiden e inspiran la teoría general de los contratos (arts. 1089 a 1091 y 1124 y concordantes CC). Y cabe también recordar ahora que la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes (art. 1256 CC), que el cumplimiento de las obligaciones es siempre exigible (art. 1113 CC) y que no puede quedar a la voluntad del deudor

(art. 1115 CC). Y que, si el cumplimiento de una obligación no dispusiese de plazo, deberá ser cumplida con aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (arts. 1118, 1125 y 1129 CC), por lo que, estableciendo la Ley la prerrogativa de la Administración para poder declarar resuelto el contrato en los casos de incumplimiento, habría de entenderse apriorísticamente correcta la intención revelada en este sentido por la Administración.

Hallándonos, no obstante, ante un contrato administrativo, para poder resolverlo hemos de reconducir los numerosos incumplimientos contractuales denunciados al ámbito de las causas de resolución relacionadas en el art. 111 TRLCAP, al que antes hemos hecho referencia. Dentro de este precepto y, como han advertido con tino los Servicios Jurídicos, la generalidad de los incumplimientos denunciados habrían de ser reconducidos y ubicados bajo la égida del concepto de «incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales» (también recogido en la cláusula 41.1.1.b PCAP).

Nos hallamos aquí ante un concepto jurídico indeterminado que inicialmente fue interpretado restrictivamente, como puede verse en el DCE de 1 de marzo de 1979 o en el de 9 de junio de 1988 o en las SSTS de 26 de marzo de 1987 (RJ 3944), 17 de julio de 1995 (RJ 5856), o 1 de octubre de 1999 (RJ 1393 de 2000), llamando la atención sobre la excepcionalidad de las facultades resolutorias, pero que ulteriormente vino a ser relajado ante la comprensión de la necesidad de satisfacer intereses generales.

Un criterio a tomar en consideración al objeto de deslindar los incumplimientos que pueden ser desencadenantes de resolución contractual, de aquellos otros a los que pudieran asignarse consecuencias diversas, lo marcó el Tribunal Supremo sobre la base de determinar que la gravedad o la esencialidad del incumplimiento debiera ubicarse en función o en dependencia de la posibilidad de poder obtener o no el fin perseguido en el contrato. En palabras de la STSJ de Extremadura de 19 diciembre de 2002 (JUR 43893 de 2003), «De acuerdo con las STS de 21-11-2000 (RJ 2000, 1427), reflejada en otras de 11-10-1983 o 10-6-1996 (RJ 1996, 4753), en los contratos bilaterales recíprocos ya no es precisa una voluntad deliberadamente rebelde de incumplimiento, bastando que merced al incumplimiento de las obligaciones de una de las partes *no sea posible alcanzar el fin perseguido por el contrato*. Sin duda de acuerdo con esta doctrina contractual, en el art. 112 de la LCAP de 1995, se incide para que sea eficiente como causa relevante un incumplimiento esencial del contrato... o sin duda de forma equiparada a éstas 'aquellas que se establezcan expresamente en el contrato'». Aunque el concepto de «esencialidad» se sigue resistiendo a ser encorsetado o definido, dado que, cuanto mayor es el intento de descri-

birlo, mayor es también el número de supuestos de resolución contractual que quedan fuera de él.

La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en materia de contratos ha ido por delante de la Sala Tercera, no hace mucho tiempo ha venido a centrar la esencialidad del incumplimiento contractual en el plano satisfactivo del cumplimiento de las obligaciones y en función de los intereses que para cada una de las partes subyacen en la base del negocio. Así, en la STS 638/2013 de 18 de Noviembre de 2013, recurso 2150/2011 (LA LEY 254818/2013), vino a decirse:

> 3. En lo sustancial, la argumentación de la parte recurrente concuerda con el planteamiento de la cuestión que realiza la sentencia de Primera Instancia de forma que el debate, de índole primordialmente doctrinal, se centra en la delimitación de la categoría del incumplimiento esencial y su diferenciabilidad de régimen de aplicación respecto del tronco tradicional de los denominados incumplimientos resolutorios. 4. Desde la perspectiva metodológica, debe señalarse que la doctrina jurisprudencial de esta Sala no ha sido ajena al curso o desenvolvimiento del debate planteado estableciendo, en términos generales, los elementos conceptuales para la caracterización de la figura, así como las directrices de su posible aplicación diferenciada en el marco de la resolución contractual. Del mismo modo que, como acertadamente resalta la sentencia recurrida, tampoco ha sido ajena al acervo y peso de la formación del Derecho contractual europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización que, de modo progresivo, se han ido elaborando desde la Convención de Viena: Principios UNIDROIT, Principios del Derecho Europeo de Contratos y Propuesta de Reglamento (Parlamento Europeo y Consejo) relativa a la normativa común de compraventa europea, (STS de 15 de enero de 2013 , núm. 872/2012), en donde *el incumplimiento esencial se sitúa como catalizador o presupuesto del efecto resolutorio*, artículos 8:103 y 9:301 (PECL) y 87 de la Propuesta de Reglamento. 5. En síntesis, desde el ámbito conceptual de la figura, si bien debe partirse que en nuestro sistema contractual la categoría del incumplimiento esencial no resulta comprensiva de la tipología de los incumplimientos resolutorios, no obstante, su tipicidad sí que comporta los perfiles suficientes para su categorización propia y diferenciada dentro del marco general del incumplimiento obligacional con transcendencia resolutoria (art. 1124 del Código Civil). En efecto, si se repara en la dinámica de la obligación se observa como *la incidencia de los tradicionalmente denominados incumplimientos prestacionales gravitan en orden a una variante del incumplimiento que tiene por referencia el plano central de ejecución de la prestación debida*; en la terminología de los textos de armonización *porque dicho cumplimiento no se ajusta al contrato, o bien constituye una falta de ejecución de la obligación*. A este orden, dejando aparte la perspectiva liberatoria que encierra el supuesto de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, responden, sin lugar a dudas, los supuestos tradicionalmente encuadrados dentro de los incumplimientos resolutorios que se derivan de la prestación defectuosa, del *aliud pro alio*, del término configurado como esencial y, en su caso, de

la excepción de contrato cumplido (SSTS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012, 8 de enero de 2013, núm. 792/2012 y 11 de abril de 2013, núm. 221/2013). Fuera de este ámbito conceptual, la categoría del incumplimiento esencial se aleja de la variante de la prestación debida para residenciarse, mas bien, en la coordenada de la satisfacción del interés del acreedor, en donde *el centro de atención no se sitúa ya tanto en el posible alcance del incumplimiento de estos deberes contractuales previamente programados y, en su caso, implementados conforme al principio de buena fe contractual, sino en el plano satisfactivo del cumplimiento configurado en orden a los intereses primordiales que justificaron la celebración del contrato y que, por lo general, cursan o se instrumentalizan a través de la base del negocio, la causa concreta del contrato*, ya expresa o conocida por ambas partes, o la naturaleza y características del tipo contractual llevado a cabo. Instrumentación técnica que concuerda, por lo general, con las expresiones al uso ya en relación a la privación sustancial de 'todo aquello que cabe esperar en virtud del contrato celebrado', en la formulación de los textos de armonización, o bien, en terminología más jurisprudencial, respecto de la frustración del 'fin práctico' perseguido, de la 'finalidad buscada' o de las 'legítimas expectativas' planteadas. **6**. En este marco, conviene señalar que *la reciente doctrina jurisprudencial de esta Sala ha resaltado el papel del plano satisfactivo del cumplimiento en el contexto de la dinámica contractual*. En la línea expuesta, y a título ejemplificativo, se ha destacado la instrumentación técnica de la base del negocio como criterio de interpretación contractual en orden a la delimitación del carácter esencial del término establecido (STS de 20 de noviembre de 2012, núm. 674/2012), de la calificación del contrato celebrado (STS de 26 de marzo de 2013, núm. 165/2013), del objeto contractual proyectado (STS de 12 de abril de 2013, núm. 226/2013), de su determinación en el marco de una relación negocial compleja (STS de 23 de mayo de 2013, núm. 333/2013) como, en su caso, de su incidencia y función en orden a la tipicidad contractual de la cláusula rebus sic stantibus (entre otras, SSTS de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820 y 822, de 8 de octubre de 2012, y 26 abril de 2013, núm. 309/2013). En parecidos términos, el plano de la satisfacción de los intereses del acreedor ha sido tenido en cuenta a la luz de la naturaleza y caracterización del tipo contractual llevado a cabo por las partes; SSTS de 26 de noviembre de 2012 (núm. 696/2012) y 8 de marzo de 2013 (núm. 105/2013) y, en general, a la hora de determinar el cumplimiento obligacional en los supuestos de retraso y determinabilidad del plazo de entrega (STS de 11 de abril de 2013, núm. 221/2013), así como de su proyección en los supuestos de licencia de primera ocupación y del aval en garantía (SSTS de 25 de octubre de 2011, núm. 706/2011, y 10 de diciembre de 2012, núm. 731/2012). **7**. La delimitación de los elementos conceptuales en los que se articula la categoría del incumplimiento esencial también sirve de marco de referencia en orden a establecer unas directrices acerca de la diferenciación de su régimen aplicativo. En este sentido, pueden señalarse los siguientes criterios en orden a su incidencia en la dinámica resolutoria de la obligación: **i**) En primer término, debe destacarse que la categoría del incumplimiento esencial *responde a un notable grado de especialización en su régimen aplicativo* en la medida en que su interpretación, en

el marco de la relación contractual, no opera en el mismo plano valorativo que el de los denominados incumplimientos prestacionales. En este sentido, mientras que estos quedan residenciados en el plano de los incumplimientos de los deberes contractuales y su ponderación se cifra en el alcance del desajuste o falta de ejecución, observado objetivamente desde el programa prestacional establecido; el incumplimiento esencial *se centra primordialmente, tal y como se ha expuesto, en la coordenada satisfactiva del cumplimiento* y, en consecuencia, *no tanto en la exactitud o ajuste de la prestación realizada, sino en la perspectiva satisfactiva del interés del acreedor* que informó o justificó la celebración del contrato; de forma que su valoración e interpretación en el fenómeno contractual se amplía al plano causal del contrato y a su peculiar instrumentación técnica a través de la base de negocio, de la causa concreta del mismo o a la naturaleza y caracterización básica del tipo negocial llevado a la práctica. **ii**) Esta perspectiva metodológica determina que la valoración del alcance o de la transcendencia resolutoria del incumplimiento en cuestión también opere en planos diferenciables, de suerte que los tradicionales conceptos de «gravedad» y de «esencialidad» no resultan asimilables, a estos efectos, en el marco de la interpretación de la relación contractual. Así, mientras que el primero queda referenciado o enmarcado en el juego de las obligaciones principales del contrato, de forma que solo el desajuste o la falta de ejecución de estas obligaciones principales comportan un alcance propiamente resolutorio, a diferencia de los denominados incumplimientos leves o infracciones mínimas (SSTS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012 y 14 de noviembre de 2012 núm. 658/2012, entre otras); el segundo, por su parte, escapa a dicho enfoque pudiendo alcanzar su ponderación al conjunto o totalidad de prestaciones contractuales, sin distinción, ya sean estas de carácter accesorio o meramente complementarias, si de la instrumentación técnica señalada se infiere que fueron determinantes para la celebración o fin del contrato celebrado. **iii**) Como secuencia o consecuencia lógica de lo anteriormente expuesto, el régimen del incumplimiento esencial, como incumplimiento resolutorio, no queda condicionado por el principio de reciprocidad que dibuja la sinalagmaticidad de la relación obligatoria ya que *puede extenderse al ámbito de obligaciones que no formen parte del sinalagma en sentido estricto, caso de las obligaciones accesorias*, de carácter meramente complementario. **iiii**) Por último, y como proyección del presupuesto causal que informa su régimen, y conforme a su moderna formulación en los textos de referencia, el incumplimiento esencial también se proyecta como una valoración o ponderación de la idoneidad de los resultados, beneficios o utilidades que lógicamente cabía esperar de la naturaleza y características del contrato celebrado (SSTS de 18 de mayo de 2012, núm. 294/2012, 29 de octubre de 2012, núm. 619/2012 y 8 de noviembre de 2012, núm. 644/2012, en relación con la conformidad en la entrega de la cosa; y STJUE de 3 de octubre de 2013 en relación a la falta de conformidad y su proyección en la reducción del precio o, en su caso, resolución del contrato).

Desde esta perspectiva y a la vista de los incumplimientos denunciados y de las dificultades que dispone la Administración para obtener información y datos por parte del concesionario, creemos que puede racionalmente convenir-

se la imposibilidad de que la Administración obtenga una prestación satisfactiva de los intereses generales que el ordenamiento jurídico le impone tutelar y, en consecuencia, resultaría concurrente causa proporcionada y suficiente de resolución contractual.

No obstante esto, se convendrá también que, al menos, el incumplimiento de la obligación de construir los cuatro silos destinados a almacenamiento, la construcción y utilización de instalaciones para pirólisis sin las autorizaciones precisas, la vulneración de las normas sobre traslado y el almacenamiento de neumáticos, infringiendo sistemáticamente las reglas que regulan el tiempo, la cantidad, volumen, altura, duración y ubicación, en un contrato de la naturaleza y las características de las que se trata, implica con naturalidad un incumplimiento de obligaciones esenciales del contratista. El esfuerzo desplegado por la Jefatura de Servicio de Planificación Ambiental relatando y explicando cada una de las infracciones creemos que así lo muestra, y, por ello, abre un camino conducente a la resolución del contrato.

En la actualidad, el concepto de «obligación contractual esencial», en la doctrina del Consejo de Estado queda remitido a la apreciación del órgano de contratación o del propio órgano consultivo, viniendo siendo interpretado de manera muy relajada (ver dictámenes números 934/2007, 839/2008, 677/2009, 1924/2010, 186/2011, 318/2012, 520/2012, 389/2013, 926/2013, 985/2014, 352/2015, 959/2015, entre otros). No son ajenos a ello los órganos consultivos de las Comunidades Autónomas, que admiten con naturalidad el atribuir carácter esencial a obligaciones contractuales aunque no hayan sido calificadas como esenciales en el contrato o en los pliegos. Así, el Consejo Consultivo de Madrid, en el dictamen 408/2011, señala: «En este punto, la indiscutida exigencia legal (art. 206.g) y jurisprudencial (SSTS, Sala 3ª, de 26/1/01, 14/6/02 y 25/5/04) de que los incumplimientos se refieran a obligaciones 'esenciales' del contrato limita en buena medida la potestad resolutoria de la Administración, pero ello no significa que la Administración no pueda hacer uso de esa facultad ante incumplimientos del contratista esenciales pero no calificados como tales en los pliegos o en el contrato. Como ha señalado el Tribunal Supremo en numerosas sentencias (así por ejemplo SSTS, Sala 3ª, de 6/4/87 y 14/11/00), en su determinación deben ponderarse las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos y sus consecuencias, valorando, conforme a la buena fe y la equidad, el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del contratista. Además, se impone que por parte de la Administración se lleve a cabo una adecuada justificación del carácter esencial de cada uno de los incumplimientos alegados». En el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 20/2011, de 12 de septiembre y

el Consejo Consultivo de Castilla y León (dictámenes 1.222/2009, de 26 de noviembre, 32/2010, de 18 de febrero y 115/2014, de 11 de abril).

Y no de opinión distinta es la Jurisprudencia que, en la generalidad de los casos atribuye ella misma la condición de «esencial» a los incumplimientos denunciados por la Administración, sin perjuicio de que estuvieren o no previstos con tal calificativo en el contrato. Podemos recordar, a título de ejemplo la STSJ de Castilla y León, Valladolid 700/2015, de 22 abril (RJCA 2015\569), según la cual, «Los hechos alegados por la mercantil apelante, para sustentar su petición de resolución por causas achacables a la corporación municipal, se refieren, entre uno de los aspectos más importantes y como ya se ha explicado, a la falta del pago del precio, lo que ciertamente podría encajar, de manera sobrevenida y una vez fue corregida por sentencias judiciales la interpretación que mantenía la Administración, en la causa de la letra f) del mencionado artículo 223 del TRLCSP, que se refiere al «incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato» –ello dando por supuesto que la falta de pago del precio del contrato constituye el incumplimiento de una obligación de ese carácter, aun cuando es verdad que ello no se ha declarado así y expresamente en el Pliego de Condiciones–».

O también, según la STSJ del TSJ de Madrid 229/2012, de 13 junio (RJCA 2012\587), «El art. 111 g) del TRLCAP, tras expresar las causas generales de resolución de los contratos administrativos, recoge entre ellas: 'El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales', concepto jurídico indeterminado que para su apreciación exige en cada caso concreto examinar si existe real incumplimiento y no únicamente demora y si lo incumplido es una obligación esencial».

Dándose también la resolución contractual incluso por la concurrencia de causas no prevenidas en los Pliegos (por ejemplo, en la STS de 22 febrero 1982 –RJ 1982\1619– se decía que «como se ha dicho, la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público, y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución, con toda la relevancia que a esto se da en la Exposición de Motivos de nuestra Ley Jurisdiccional, es lógico pensar que si la cesación unilateral en la prestación del servicio, por parte del adjudicatario, no se recogió específicamente entre los supuestos recogidos en el Pliego de Condiciones del Concurso, como una de las causas habilitantes de la caducidad de la concesión, es, posiblemente, por ser demasiado obvio»).

Pueden verse también la STSJ de Murcia 1349/2011, de 28 diciembre (JUR 2012\22230) la del TSJ de Extremadura 523/2007, de 28 mayo (JUR 2008\79716), la del TSJ de Andalucía, Granada 1913/2014, de 7 julio (JUR 2015\133922), la del TSJ de Galicia 802/2011 de 29 julio (JUR 2011\345064), la del TSJ de Cata-

luña 290/2004, de 24 febrero (JUR 2004\118224) o la del TSJ de Castilla y León, Burgos 797/2010, de 10 diciembre (JUR 2011\62972). Aunque, para nosotros, tal y como hemos señalado previamente, procedería la resolución contractual ante la evidencia de no poder obtener la Administración el cumplimiento satisfactivo de las prestaciones convenidas, ante la naturaleza, las características, la peculiaridad y las singularidades de los incumplimientos que son denunciados en relación al concreto contrato de que se trata. Ello ha venido manifestándose desde el inicio de la prestación contractual donde quedó ya constatada la ausencia de construcción de los cuatro silos y el incumplimiento de las condiciones de almacenamiento, y se ha ido corroborando a lo largo de la ejecución contractual con la inoperancia correctiva de las sanciones impuestas, la ocultación de información y el quebranto de la buena fe contractual. Y, para nosotros, sigue manifestándose ahora a través del soporte reaccional escogido por el concesionario al objeto de oponerse a la resolución contractual.

Desde nuestra perspectiva de las cosas, pues, procedería declarar la resolución contractual en el caso de que se trata, bien entendido que ello impacta en el sector privado, al igual que acarrea unas determinadas consecuencias en la prestación del servicio público que nosotros, desde la posición institucional que ocupamos, no podemos prever en la totalidad de su significado y alcance, pero que desde la Administración deben ser meticulosamente calculadas en cuanto a no eliminar la continuidad en la prestación o, en su caso, en relación a coordinar las secuelas derivadas de un eventual cambio en el modelo de gestión.

V

Sobre la incautación de la garantía
(punto segundo de la propuesta de resolución)

A tenor de lo prevenido en la cláusula 41.2.6 PCAP «Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la garantía definitiva y deberá además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada».

Ello debe ser conectado con el art. 44 TRLCAP (Cancelación de garantías), según el cual, «La garantía no será devuelta o cancelada hasta que se haya producido el vencimiento del plazo de garantía y cumplido satisfactoriamente el contrato de que se trate o resuelto este sin culpa del contratista», así como los puntos 4 y 5 del art 113 del mismo cuerpo legal (Efectos de la resolución), «4. Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los

daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. 5. En todo caso, el acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía constituida».

La propuesta de resolución efectúa un pronunciamiento expreso sobre la garantía y, en este sentido, es correcta y, además, parece establecer una especie de automatismo (como también lo hace la norma jurídica) entre incautación de garantía e incumplimiento culpable del contratista, lo cual se presenta también apriorísticamente correcto. Cabe recordar en este sentido la SAN de 28 de noviembre de 2012 (RJCA 2013\35), según la cual «La pérdida de la fianza, es consecuencia aneja, accesoria y, *en principio, inseparable de la resolución contractual, cuando se produce por incumplimiento del contratista*, de manera que el acuerdo de resolución comporta de suyo esas sanciones (SS., Sala 4ª, 17.6.86 (RJ 1986, 3618), 15.7.88 (RJ 1988, 5903)), Y *sólo excepcionalmente pueden eliminarse en función de una apreciación global de las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada caso* (Sala 4ª, 17.6.86 (RJ 1986, 3618), 15.7.88. *Siendo la incautación de la fianza definitiva la secuela necesaria y consecuencia de la resolución del contrato por culpa del contratista* (SS., Sala 3ª, 6.6.77, 24.3.84, y 6.5.84), bien que no es la resolución del contrato en sí, sino la concurrencia de culpa por parte del contratista, cualquiera que sea la causa de resolución, la que ha de determinar la incautación de la fianza (S., Sala 4ª, 23.1.8)».

O, también, según la STSJ de Cantabria de 1 de octubre 2007 (JUR 2007\346196), «tratándose de un incumplimiento imputable al contratista, entra en juego el art. 113.4 , con incautación de la fianza, cuyo objeto es garantizar el efectivo cumplimiento del contrato, pudiendo solicitarse una cantidad mayor en concepto de indemnización por daños y perjuicios *si la sola fianza es insuficiente* para poder realizar todas las prestaciones que quedaron pendientes cuyo cumplimiento es imputable al contratista. Deben rechazarse de nuevo las alegaciones de la parte recurrente en el sentido de que no cabe la incautación de fianza por haberse ejecutado completamente el contrato, sin culpa alguna con respecto a las obligaciones incumplidas, pues una vez sentado que resulta conforme a Derecho la resolución recurrida forzoso es concluir que la misma lleva aparejada la incautación de la fianza por así exigirlo el art. 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas».

O, también, según la STSJ de Madrid 11/2015, de 29 enero (JUR 2015\78004), «En consecuencia, iniciado el expediente de resolución del contrato por la Administración Municipal por incumplimiento de las obligaciones esenciales y, en concreto, la falta de disposición sobre los locales ofertados como Centros de Día, este incumplimiento resulta imputable al contratista» añade que «los efectos de esta resolución son los previstos en el artículo 113.4 del TRLCAP, al

tratarse de un supuesto de resolución por incumplimiento culpable de la contratista, por lo que *procede la incautación de la garantía definitiva* y la indemnización de los daños y perjuicios a la Administración en lo que exceda de la garantía incautada».

Ante ello, solo cabe hacer dos matizaciones. La primera es que, aunque, en efecto, en algunas resoluciones jurisdiccionales se ha evitado el automatismo en la incautación de la garantía por las especiales y singulares circunstancias concurrentes, en nuestro caso, nosotros no percibimos concurrencia de especialidad alguna que impida aplicar la regla legal que conecta la incautación de la garantía con el incumplimiento culpable del contratista. La segunda, que ya se infiere de lo expuesto, es que, en efecto, en nuestro caso nos hallamos claramente ante un incumplimiento culpable por parte del contratista.

Al no establecer el TRLCAP reglas específicas al respecto, queda remitida la valoración sobre la concurrencia de culpa o negligencia a las reglas generales sobre el cumplimiento de las obligaciones, como son las prevenidas en los arts. 1103 y 1104 CC, según los cuales «la culpa o la negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia debida que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» (debiendo acudirse, en ausencia de tales parámetros, según señala el citado art. 1104 CC, a la diligencia exigible a un buen padre de familia). Y, a la vista de estas reglas, a juicio del órgano consultivo, se presenta como una actuación culpable o negligente (cuando no dolosa por desatención de los requerimientos formulados), el listado de incumplimientos relacionados en el informe emitido por la Jefatura de Servicio de Planificación Ambiental.

VI

Sobre la asignación de plazos de continuidad en la concesión
(puntos tercero al quinto de la propuesta de resolución)

En los apartados tercero al quinto de la propuesta de resolución se establece, en primer término, *un plazo de tres meses de continuidad en la prestación del servicio, desde el día siguiente al que se notifique a la concesionaria la resolución del contrato*. Terminado este plazo, el concesionario habrá de cesar en la aceptación de NFU a los usuarios, sin perjuicio de mantener todas las obligaciones y responsabilidades legales y contractuales respecto de los NFU aceptados y de las materias resultantes y desde el inicio de la prestación del servicio. Transcurrido este plazo, el concesionario deberá presentar un inventario de existencias de NFU en-

teros, o semiprocesados, así como de «chip», granulado de caucho o cualquiera de las fracciones y tamaños en la que puedan encontrarse cualesquiera de los materiales procedentes de los NFU entregados al servicio público y del lugar o lugares en el que puedan encontrarse almacenados y pendientes de su utilización o destino final.

Simultáneamente, la misma propuesta otorga al contratista un plazo de *seis meses, también desde el día siguiente al que se notifique la resolución del contrato*, para que triture hasta 5 mm de tamaño máximo, comercialice, y acredite destinos compatibles con la definición legal de reciclado, todos los NFU, enteros o en proceso, que se encuentren almacenados en sus instalaciones, o en cualesquiera otras en las que pueda demostrarse que se han almacenado NFU sujetos al contrato concesional o materias resultantes de su procesado, debiendo presentar una Memoria, al término de los seis meses sobre este periodo de gestión.

Ambos plazos entendemos que se hallan asentados en la previsión de la cláusula 41.2.8 PCAP, según la cual, «En todo caso la resolución del contrato dará lugar a la liquidación económica del mismo, si bien podrá exigirse por el órgano de contratación, y sin perjuicio de las penalidades o indemnización de daños y perjuicios que proceda, *que se siga ejecutando el contrato hasta que se resuelva el o los nuevos procedimientos de licitación* abonándose las remuneraciones correspondientes».

La potestad de la Administración alcanza, pues, según lo pactado, a ordenar la continuidad en la prestación del servicio hasta que se resuelvan los nuevos procesos de licitación o, en su caso, interpretamos nosotros, hasta que se articule debidamente el sistema que posibilite la gestión de los NFU con el mínimo de trastorno a los intereses públicos y a los privados afectados.

Esta conceptuación se inserta con naturalidad bajo el principio de continuidad en la prestación de servicios públicos, que viene a significar que las empresas que gestionan un servicio público no pueden suspender su actividad, ni reducirla, ni alterar el plan de prestación establecido sin el consentimiento de la autoridad administrativa competente. Las actuales leyes sectoriales (telecomunicaciones, transportes, sector eléctrico, medicamentos etc.) suelen imponer explícitamente el principio de continuidad en la prestación, si bien, tal principio se halla decantado en la gestión de servicios públicos de forma indirecta y, como puede suponerse, juega con una intensidad proporcional a la relevancia y a la naturaleza del servicio público de que se trate[1].

1 En seguimiento de las Directivas Comunitarias 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, ambas de 26/2/2014, publicadas en el *DOUE* de 28/03/2014 y con en-

La STS de 20 diciembre 1986 (RJ 1987\1175) nos recuerda que «la doctrina y la jurisprudencia francesa, frecuentemente citadas a este respecto por nuestra Sala –así, sentencia de 24 de abril de 1985 (RJ 1985\2229)–, ha venido destacando que, ante todo, *aquella concesión está dominada por un criterio fundamental: mantener la continuidad de la prestación del servicio público* [...] En definitiva, el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato. No deja de ser sintomático que, en lo que ahora importa, haya sido el Reglamento de «Servicios» el que haya consagrado claramente esta flexibilización del contrato –artículos 126,2, b), 127,2,2.º y 128,3,2.º– frente a la inalterabilidad que le atribuye el Reglamento de «Contratación» –artículos 51–».

Tradicionalmente, los modos de gestión de los servicios públicos han venido siendo regulados en la legislación de régimen local, y así sigue haciéndolo actualmente el art. 208.1 RBAS expresando que «Los servicios públicos locales *se prestarán con la continuidad* prevista en su Reglamento regulador. En caso de ser gestionados indirectamente, el contratista *no podrá interrumpir la prestación* por el incumplimiento en que haya podido incurrir la Entidad local, sin perjuicio de su derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados», y el art. 277 del mismo reglamento al declarar que «La Entidad concedente tendrá las siguientes potestades: a) Ordenar discrecionalmente las modificaciones que el interés público exija, de igual forma que si gestionase directamente el servicio y, entre otras, la *variación* de la calidad, cantidad, tiempo o lugar de las prestaciones en que consista el servicio, incluida la alteración de la retribución del concesionario».

Ningún impedimento existe, pues, a que el órgano de contratación establezca la continuidad del servicio hasta el momento en que entienda que se causa el menor daño en el cambio en el modo de prestación. En este sentido asumimos que cabe y debe racionalmente inferirse de la propuesta de resolución que esta está imponiendo una demora en la eficacia del acto administrativo resolutorio (ver art. 57.2 LRJAP) y en los términos temporales en los que lo hace.

Cabe también, no obstante, que podamos hacer alguna sugerencia al respecto. Una primera podría ser el que, estableciéndose en cualquier caso un calendario de seis meses (contados a partir de la notificación de la resolución) para

trada en vigor el 18/04/2014, en la reunión del Consejo de Ministros de 17/04/2015 se presentó un informe del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, fechado el 17/04/2015, el cual fue sometido al trámite de información pública del 25/04/2015 -fecha del *BOE*, 98- al 14/05/2015. En dicho proyecto (que no se sabe si llegará a buen fin en relación a esta cuestión) desaparece el contrato de gestión de servicios públicos que pasaría a ser una categoría del contrato de servicios (contrato de concesión de servicios), lo que no significa que vaya a desparecer el principio de continuidad en función de la naturaleza del servicio de que se trate.

la total extinción de la relación contractual, podrían ser articuladas las distintas formas de actuar dentro de este calendario en lugar de asignar dos diferentes plazos de tres y seis meses que se superponen, bien entendido que ello solo podría disponer de efectos aclaratorios, dado que en la redacción actual de la propuesta ya se puede colegir lo que debe ser efectuado en cada uno de los periodos que se señalan.

Una segunda sugerencia que cabe realizar es que el periodo previsto en la continuidad del servicio por el contratista afectado, se asienta sobre la base de la normalidad en su prestación y en la de la articulación de los modos y medios que posibiliten engarzar la situación actual con la futura que tengan prevista los poderes públicos. Cabe, no obstante la posibilidad de que no exista colaboración del actual contratista para la extinción del contrato o que se demoren las previsiones en orden a articular un esquema de futuro. En previsión de tales supuestos, cabe sugerir que sea añadida una «coletilla» que explicite que, en cualquier caso la continuidad en la prestación alcanzará hasta la debida extinción de la relación contractual y su sustitución por el sistema que establezca la Administración de la Comunidad Autónoma.

VII

Sobre la indemnización de daños y perjuicios (**punto sexto de la propuesta de resolución**)

La previsión de la propuesta de resolución es que una vez extinguido el contrato se iniciará el procedimiento para determinar la cuantía de daños y perjuicios a exigir a la concesionaria, en todo lo que exceda de la garantía incautada, siendo que en la determinación de la cuantía se incluirán las cantidades percibidas por GESNEUMA en aplicación de las tarifas públicas sobre todos los NFU aceptados por el servicio público desde el inicio de su prestación y cuya gestión final no haya sido acreditada conforme a las condiciones contractuales.

En este sentido, la cláusula 41.2.1 previene que «La resolución del contrato se aplicará y tendrá los efectos generales que se establecen en los artículos 112, 113, 168 y 169 del TRLCAP. Y la 41.2.6 declara que «Cuando el contrato se resuelva por causa imputable al concesionario, le será incautada la garantía definitiva y deberá además, indemnizar a la Administración de los daños y perjuicios ocasionados en lo que exceda del importe de la garantía incautada».

Es la regla general que prevé nuestro ordenamiento para la causación de daños por culpa o negligencia (art. 1902 CC), la cual, salvadas las diferencias, se

proyecta al ámbito contractual por el incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato, declarando el art. 1101 CC «que quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquella» (recordemos los arts. 1256 y 1258 CC ya antes citados así como el art. 113.4 TRLCAP en cuanto prevé que «cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada»).

Para que pueda prosperar la acción de resarcimiento por culpa requiere, según reiterada jurisprudencia, la acreditación de los siguientes elementos: a) La existencia de una relación jurídica o contrato entre las partes, b) Que dicha relación se haya incumplido total o parcialmente en alguna de sus obligaciones. El incumplimiento culposo supone un actuar carente de las habituales diligencias, y abarca el actuar no ajustado a la diligencia exigible en cada caso concreto en atención a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, diligencia que es la que correspondería al buen padre de familia (art. 1.104 CC), y que conlleva el que la persona a quien se imputan los daños, esté obligada a justificar, para ser exonerada, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y la diligencia precisa para evitarlos; c) Que dicho incumplimiento se haya producido por una falta de diligencia o previsión del deudor. d) Que con ello se haya generado un daño o perjuicio reparable y cuantificable.

De conformidad con lo establecido en el artículo 1.107 CC «Los daños y perjuicios de los que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de una obligación». También según reiterada jurisprudencia, el dolo abarca no sólo la maquinación directa sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, sin que lo invalide la confianza, buena fe o ingenuidad de la parte afectada, de suerte que habrá dolo negativo o por omisión siempre que exista un deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico.

La regla general que se articula en nuestro ordenamiento para poder exigir responsabilidad a quien causa un daño, es la de la «actio nata», es decir, la que posibilita el ejercicio de la acción a partir del momento en que es conocida realmente la efectividad del daño producido (art. 1969 CC, en paralelismo con el art. 142.5 LRJAP), lo que significa (para el caso que nos hallamos) que la acción indemnizatoria no podrá ser ejercitada hasta que se haya extinguido el contrato y sean conocidas todas y cada una de las secuelas derivadas del incumplimiento

contractual, en nuestro caso, con deducción de la fianza incautada del montante indemnizatorio, tal y como se halla ya explícitamente previsto en la propuesta de resolución.

Aunque se trata de exigir responsabilidad a un sujeto privado, dado que nos hallamos ante los efectos de un contrato administrativo (art. 5 TRLCAP) cuyo conocimiento pertenece al ámbito del orden jurisdiccional contencioso administrativo (art. 7.3 TRLCAP, art. 2.b LJCA) habrá de ser la Administración la que, en su momento, cuantifique, determine y exija la indemnización que entienda procedente, sin perjuicio de su eventual ulterior fiscalización en vía jurisdiccional.

VIII

Sobre la reversión
(punto séptimo de la propuesta de resolución)

Normalmente en el contrato de gestión de servicios públicos y particularmente en las concesiones, suele estar prevista la reversión de las instalaciones, precisamente para posibilitar la incidencia del principio de continuidad al que anteriormente hemos hecho referencia.

Ello es lo que prevenía el artículo 78 de la Ley de Contratos del Estado (Decreto legislativo 923/1965, de abril, y el artículo 231 de su Reglamento ejecutivo (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre –cuando finalice el plazo contractual el servicio revertirá a la Administración, debiendo el empresario entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato, y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados que están dirigidos a asegurar la continuidad del servicio una vez extinguida la concesión–) y en similares términos se pronunciaron ulteriormente el art. 169 TRLCAP (aplicable en nuestro caso) el TRLCSP y el RBAS (art. 286.1) si bien, a este respecto, ya desde las primeras interpretaciones jurisprudenciales vino a entenderse que en la concesión de la gestión de servicios públicos pueden las partes libremente establecer los pactos que entiendan convenientes en orden a la reversión de los bienes adscritos a la prestación del servicio, otorgando así primacía a los principios «contractus lex inter partes» y «pacta sunt servanda» y asignando carta de naturaleza a la autonomía de la voluntad como primera fuente de la interpretación y aplicación del contrato (SSTS de 2 de marzo de 1987 y 18 de abril de 1989).

En este contexto se inserta lo prevenido en la cláusula 42.1 PCAP, a cuyo tenor «No procede la reversión de las instalaciones y de los terrenos en los que

aquellas se emplacen a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma tras la finalización del contrato de gestión de los servicios públicos».

Hallándonos, en nuestro caso, ante la normalidad aplicativa de dicha cláusula, ningún inconveniente percibimos en que le sea dada incidencia.

IX

Sobre las causas de oposición enunciadas por el contratista

En el expediente tramitado existen dos momentos en los que resultan evacuadas alegaciones por parte del concesionario. Uno en fecha 19 de agosto de 2016, y el segundo el 26 de agosto siguiente. En el primero de ellos aparece la queja por haber recibido la comunicación en periodo vacacional, por la forma de notificar y por dar 10 días naturales en lugar de hábiles. Subsidiariamente, solicitaba la ampliación del plazo y negaba los incumplimientos denunciados. En el segundo se reiteran iguales quejas, se solicitaba la declaración de nulidad de lo actuado, la suspensión del procedimiento y la práctica de una prueba tendente, no a mostrar algo en relación a los incumplimientos, sino en cuanto a la forma y las fechas de la notificación.

Tal modo de reaccionar es perfectamente legítimo intentando prolongar la duración del expediente al objeto de que caduque el trámite y evitando que fuera armada una contestación en vía administrativa (dando respuesta a las alegaciones) al objeto de disponer de mayor libertad ante una coyuntural vía jurisdiccional. Mas, al margen de que, efectivamente, el mes de agosto pudiera no ser el más adecuado para realizar notificaciones de una índole como la cuestionada, debe también tomarse en consideración, que ningún debate suscita la contratista sobre la finalización de la condición legal de residuo (o sobre otros extremos), que es en lo que dice que sustenta discrepancia con la Administración; que la prestación del servicio público no se detiene por hallarnos ante el mes de agosto; que en un procedimiento al que legalmente se asigna un plazo de duración de tres meses (con consecuencia de caducidad), no puede producirse una paralización durante un mes en exclusivo interés del contratista; que las notificaciones pueden ser realizadas por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado (art. 59.1 LRJAP); que el plazo de audiencia de diez días naturales es el prevenido por el art. 109.1.a RGCAP, debiéndose también tomar en consideración que según la DA 12ª TRLCSP «los plazos establecidos por días en esta Ley se entenderán referidos a días naturales, salvo que en la misma se in-

dique expresamente que solo deben computarse los días hábiles»; que según el art. 70.1 LRJAP, el procedimiento administrativo ha de someterse al criterio de celeridad; que según el art. 109.2 del citado reglamento, todos los trámites del procedimiento de resolución de contratos son de urgencia, siendo que según el art. 50.1 LRJAP, en los procedimientos declarados urgentes los plazos pueden quedar reducidos a la mitad; que al margen de que la Administración ampliara el plazo, ello no impedía que la contratista presentase alegaciones en cualquier momento, aunque ello no se aviniese a la regla del art. 79 LRJAP; y que la prueba propuesta por la contratista, con independencia de lo actuado a este respecto en el expediente, no puede ser considerada como un hecho relevante a los efectos de adoptar la decisión que ponga fin al procedimiento (art. 80 LRJAP) deviniendo, en consecuencia, a nuestro modo de ver, tan innecesaria e intrascendente, como improcedente su práctica.

Cada cual escoge, no obstante, los medios de defensa que entiende más convenientes a sus intereses legítimos, aunque, con los empleados por la contratista, corre el riesgo de no poder utilizar otros en vía jurisdiccional (STSJ de Madrid 215/2009, de 19 de febrero de 2009, recurso 1147/2006 –LA LEY 329581/2009–) y, en el caso en cuestión, entendemos que han venido a poner de manifiesto una ausencia de buena fe contractual tal como ha sido ya reflejada en el trámite del expediente.

Recordemos aquí la regla general del art. 1258 CC y que en armonía con el art. 7 del mismo cuerpo legal, viene a señalar que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a *todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe*, al uso y a la ley». La buena fe en los contratos se traduce en la honestidad y lealtad que debe imperar entre las partes. Exige en los contratos que se cumpla con lo convenido, aunque sea buscando el propio beneficio, pero respetando leal y honestamente los intereses del otro. Cuando falta ese referente ético, sea el juez (en el ámbito privado), sea la Administración, en el espacio en el que nos hallamos, pueden también valorar la resolución del contrato en función del análisis de las circunstancias concurrentes relacionadas con la ausencia de buena fe.

En el caso que hemos examinado, con independencia de los incumplimientos denunciados, los silencios y evasiones del contratista frente a los requerimientos efectuados, la ausencia de fines correctivos en las sanciones impuestas, el ocultamiento intencionado de hechos y datos, la omisión o la evitación de autorizaciones, las advertencias no atendidas tras las inspecciones efectuadas y, ahora también, el contenido y naturaleza de los alegatos presentados en trámite de audiencia, entendemos no vienen a mostrar la obligada buena fe que debie-

ra disponer el contratista, lo cual, se convendrá, que no es precisamente lo más idóneo, ni tampoco lo más proporcionado o lo más adecuado para el mantenimiento de un contrato con la Administración ni para la prestación de un servicio público a través del sistema de concesión.

Por todo ello, el Consejo Consultivo de Aragón emite el siguiente DICTAMEN:

Que a tenor de lo razonado y de los antecedentes relatados y, sin perjuicio de lo expuesto en relación a la demora de la eficacia del acto resolutorio, procede informar favorablemente la propuesta de resolución del contrato de gestión del servicio público de valorización y eliminación de neumáticos fuera de uso (NFU) suscrito entre la Diputación General de Aragón y la Compañía «Gestión de Neumáticos de Aragón SA».

Zaragoza, a dieciocho de octubre de dos mil dieciséis.

Acuerdo 108/2016

De 9 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por Aragonesa de Automóviles, SA, Coches La Oscense SA, y Pirenauto, SL, frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 4 de mayo de 2016 se publicó, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE), el anuncio de licitación que rige el «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. El mismo anuncio fue publicado el 4 de mayo de 2016 en el Perfil de contratante, el 17 de mayo en el *Boletín Oficial de Aragón* y el 20 de mayo en el *Boletín Oficial del Estado*. Se trata de un contrato de suministros, en la modalidad de acuerdo marco, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado global de 2.694.792,00 euros, IVA excluido.

El acuerdo marco está dividido en seis lotes y estos a su vez en sublotes, en función de las características y categorías de los vehículos.

SEGUNDO. El 28 de julio de 2016 tiene lugar una reunión de la Mesa de contratación para analizar el resultado de las proposiciones económicas y técnicas, en el que se han detectado una serie de incidencias que determinan la exclusión de varias ofertas por incumplimiento de requisitos técnicos, variante no admitida, entre otras.

En esta reunión se comprueba que las propuestas de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL van firmadas por D. Pablo Martín-Retortillo Leguina, que actualmente desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (AVALIA ARAGON), por lo que la Mesa de contratación acuerda recabar la información oportuna, al efecto de determinar si concurre la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Consta en el expediente el requerimiento a las tres empresas de los documentos que acreditan su personalidad y representación; la aportación de estos; y un informe del Director General de Contratación, Patrimonio y Organización, en el que se propone al Consejero de Hacienda y Administración Pública la adopción del acuerdo de exclusión de las tres mercantiles del procedimiento.

TERCERO. De acuerdo con la propuesta efectuada por la Mesa de contratación constituida el 8 de septiembre de 2016, se dicta por el Consejero de Hacienda y Administración Pública Orden de 12 de septiembre de 2016, por la que se excluye del procedimiento de licitación a las empresas ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL, por estar incursas en la prohibición de contratar descrita en el artículo 60.1.g) TRLCSP, ya que el Consejero delegado común a las tres empresas desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, en concreto, AVALIA ARAGON. En la Orden se señala que la prohibición de contratar se mantendrá mientras subsista la situación que la ha generado.

AVALIA ARAGON es una Sociedad de Garantía Recíproca, en anagrama AVALIA SGR, una sociedad mercantil de carácter mutualista, constituida para facilitar a las pequeñas y medianas empresas el acceso al crédito y servicios conexos a fin de obtener una mejora integral de sus condiciones financieras. Su objeto social consiste exclusivamente en la prestación de avales a favor de sus socios partícipes por cualquier medio admitido en derecho, distinto del seguro de caución, para aquellas operaciones propias de su giro y tráfico, así como en el ofrecimiento a los mismos de servicios de asistencia y asesoramiento financiero, teniendo prohibida de forma expresa la concesión de cualquier clase de crédito.

La Orden considera que la condición de Presidente del Consejo de Administración de AVALIA SGR de D. Pablo Martín-Retortillo Leguina y miembro de su Comité Ejecutivo, le otorga la consideración de personal directivo con funciones ejecutivas de máximo nivel según la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial y, por tanto,

«queda afectado por el régimen de incompatibilidades de los altos cargos, supuesto contemplado por el artículo 60.1.g) TRLCSP».

Las notificaciones de exclusión a las tres empresas se efectúan el 27 de septiembre de 2016.

CUARTO. El 10 de octubre de 2016, tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Pablo Martín-Retortillo Leguina en representación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL, frente al acuerdo de exclusión de las tres mercantiles en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

El 10 de octubre de 2016, el recurrente anunció al órgano de contratación la interposición del recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega, en síntesis, que no puede aplicarse al recurrente el régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón y en la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, ya que no es trabajador de la sociedad AVALIA SGR, ni ostenta facultades ejecutivas de máximo nivel, al no haber ostentado nunca el cargo de Consejero Delegado, ni ejercido poderes de representación, ni desempeñado facultades ejecutivas.

Argumenta el recurso, por una parte, que para apreciar la incompatibilidad es necesaria la existencia de una relación de carácter laboral y D. Pablo Martín-Retortillo no es personal de AVALIA SGR ya que no tiene una relación laboral con la empresa, siendo su designación de carácter temporal y recibiendo como única remuneración las dietas por las asistencias a las reuniones del Consejo.

En segundo lugar, se alega que el recurrente no realiza «*funciones ejecutivas de máximo nivel*», siendo su nombramiento honorífico y de representación temporal sin capacidad ni poder ejecutivo, determinándose que el nombramiento como Presidente de un Consejo no otorga por sí mismo ninguna facultad ejecutiva. Se apunta, por último, que el recurrente no ostenta en la actualidad ni ha ostentado nunca poderes de representación, ejecutivos, ni de ninguna otra clase.

Como argumento final, se señala que nadie recomendó al recurrente cesar en los cargos que ostentaba en las empresas mercantiles durante el proceso de elaboración del test de idoneidad y evaluación realizado por el Banco de España

y el Gobierno de Aragón, valorándose por el contrario de forma positiva su experiencia en el sector privado.

Por lo expuesto solicita se anule el acuerdo de exclusión por ser contrario al ordenamiento jurídico y se admitan las tres ofertas al proceso de valoración. Solicita, además, la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

QUINTO. El 13 de octubre de 2016, el Tribunal traslada el recurso al Departamento de Hacienda y Administración Pública y solicita, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del órgano gestor. Dicha documentación tiene entrada el día 20 de octubre de 2016.

Por Resolución 19/2016, de 18 de octubre, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, valorando las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar el objeto de la reclamación.

El 20 de octubre de 2016, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. El plazo finaliza sin que se presente ninguna alegación.

II. **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO. Se acredita en el expediente la legitimación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso especial se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en un contrato de suministros, en la modalidad de acuerdo marco, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de

Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El recurso se plantea además en tiempo y forma.

SEGUNDO. El recurrente argumenta la inexistencia de la causa que ha motivado el acto de exclusión y su calificación como prohibición de contratar. A tal efecto, sostiene en primer lugar, y argumenta, que no le es de aplicación el régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón y en la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, ya que no es trabajador de la sociedad AVALIA SGR, ni ostenta facultades ejecutivas de máximo nivel, nunca ha desempeñado el cargo de Consejero Delegado, ni ejercido poderes de representación, ni desempeñado facultades ejecutivas. Tampoco tiene una relación laboral con AVALIA, y su designación es de carácter temporal. Y, además, no percibe retribución alguna de AVALIA, salvo las dietas por las asistencias a las reuniones del Consejo.

En segundo lugar, aunque directamente vinculado con el primer motivo del recurso, alega que no realiza «funciones ejecutivas de máximo nivel». Su nombramiento es honorífico y de representación temporal, sin capacidad ni poder ejecutivo, determinándose que el nombramiento como Presidente de un Consejo no otorga por sí mismo ninguna facultad ejecutiva. Se apunta, por último, que el recurrente no ostenta en la actualidad, ni ha ostentado nunca, poderes de representación, ejecutivos, ni de ninguna otra clase.

Las cuestiones suscitadas en relación con este procedimiento, pertenecen, estrictamente, al campo de la interpretación de las normas jurídicas y, más concretamente, al significado y consecuencias jurídicas de un posible supuesto de conflicto de intereses y su consideración como prohibición de contratar.

La Orden de 12 de septiembre de 2016, del Consejero de Hacienda y Administración Pública, excluye del procedimiento de licitación a las empresas ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA; COCHES LA OSCENSE SA, y PIRENAUTO SL, por estar incursas en la prohibición de contratar descrita en el artículo 60.1.g) TRLCSP.

El artículo 60.1.g) TRLCSP, establece que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la misma Ley, con los efectos establecidos en el artículo 61 bis TRLCSP, las personas en quienes concurra la siguiente circunstancia:

> **g**) Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Per-

sonal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

En principio, hay que dejar sentado –y así lo hace el Informe de 19 de octubre de 2016, al recurso, que suscriben la Jefa del Servicio de Contratación Centralizada y el Director General de Contratación, Patrimonio y Organización– que el recurrente no se halla incurso, ni como persona física ni como Consejero delegado de las sociedades excluidas, en ninguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en la actualidad, Ley 3/2015 de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), porque no es un alto cargo; ni en los supuestos, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, pues no es un empleado público. Y tampoco es cargo electivo, de los regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

De manera que, y según transcripción literal del informe del órgano de contratación que acompaña al expediente: «no hay una extensión del concepto de alto cargo previsto en la normativa estatal –de contratación, ni la que regula el ejercicio del alto cargo en la AGE– sino una decisión organizativa autonómica en cuanto lo que se regula es el ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel, determinando para quienes las ejercen la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos». Y la finalidad, según puede leerse al folio 9 del mismo informe, es que se trata de una medida que pretende «garantizar la integridad de la contratación pública y prevenir los conflictos de intereses. En suma, la apreciación de la prohibición de contratar obedece a la necesidad de preservar la llamada moralidad administrativa del personal al servicio del Sector Público y disipar cualquier género de duda sobre la corrección de la actuación administrativa».

Esta decisión organizativa autonómica, que determina para quienes ejercen «funciones ejecutivas de máximo nivel», la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, deriva de la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón, que, en su artículo 16 relativo a la regulación del personal que ocupe puestos de carácter directivo, dispone:

> Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma y por la Ley del Patrimonio de Aragón, al personal que ocupe puestos de carácter directivo de las sociedades, incluyendo los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, a las que se refiere esta norma le será de aplicación el siguiente régimen jurídico:
>
> **a**) El régimen establecido en la normativa autonómica sobre declaración de bienes, derechos patrimoniales y actividades de altos cargos.
>
> **b**) El régimen de incompatibilidades establecido en la normativa autonómica para los altos cargos.
>
> **c**) Estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión, medidas de austeridad y reducción de costes y control del gasto público.
>
> **d**) Este personal no percibirá a su cese indemnización alguna, salvo las que estén establecidas por disposición legal de derecho necesario, no pudiendo pactarse ni suscribirse cláusulas contractuales que tengan por objeto reconocer indemnizaciones o compensaciones económicas, cualesquiera que fueran su naturaleza o cuantía, por razón de extinción de la relación jurídica que les une con la empresa.

Esta misma ley, en su disposición transitoria primera, relativa al personal que ocupe cargos directivos, establece que:

> A partir de la entrada en vigor del Decreto ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, y en un plazo máximo de seis meses, las sociedades del sector público a las que se refiere la presente norma deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 16 en materia de regulación del personal directivo.
>
> A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se entenderá que son personal directivo de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón quienes, dentro de las mismas, realicen funciones ejecutivas de máximo nivel y, en todo caso, el personal laboral cuyas retribuciones, a 31 de diciembre de 2011, sean iguales o superiores a las fijadas en la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 24 de junio, para los Directores Generales y asimilados de la Administración de la Comunidad Autónoma.

En definitiva, la causa de la exclusión del recurrente, del procedimiento del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes

Adheridos del Sector Público Autonómico y Local, es garantizar la integridad de la contratación pública y prevenir los conflictos de intereses.

TERCERO. El conflicto de intereses es un instrumento jurídico llamado a garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones administrativas. La integridad se reconoce hoy como un principio jurídico que debe guiar la actuación de los cargos y empleados públicos. Los conflictos de intereses suponen, por lo general, una contraposición entre el desarrollo de una función pública y los intereses privados de un cargo o empleado cuando estos intereses pueden influir indebidamente en el desempeño de la función pública. Y conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no se limitan a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias.

La doctrina administrativa, caracteriza el conflicto de intereses por las siguientes notas: **a**) la intervención de un cargo público, **b**) el interés privado que pueda tener en el asunto público, **c**) la colisión entre el interés privado y el interés público concretado en el ejercicio de una función o decisión pública y **d**) el impacto en el deber de ejercer de forma objetiva las funciones y responsabilidades públicas. Y es que, en el ámbito de la contratación pública, el conflicto de intereses únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.

La Organización de Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) propuso la siguiente definición: «Un "conflicto de intereses" es un conflicto entre el deber y los intereses privados de un empleado público cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales». Y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su artículo 11.2, establece que «se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos». Es decir, ciñe los conflictos de intereses a la toma de decisiones por parte de los altos cargos y no a cualquier situación en la que se puedan encontrar en el ejercicio de sus responsabilidades públicas.

Es cierto que los conflictos de intereses son habituales en la contratación pública. El conflicto de intereses quiebra la igualdad de trato y la igualdad de

oportunidades entre los operadores económicos que participan en el procedimiento contractual, de tal manera que, para que la imparcialidad quede garantizada es preciso, en primer lugar, determinar las situaciones que pueden comportar el riesgo de menoscabar la objetividad en el proceso de selección del contratista y, seguidamente, establecer mecanismos para su prevención.

Pero no es menos cierto –como también insiste la doctrina, en atención a garantizar la máxima apertura posible a la competencia– que el riesgo de conflicto de intereses debe ser efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador. Estas causas de prohibición de contratar deben ser interpretadas de modo proporcional de modo que las leyes nacionales deben resultar adecuadas para garantizar el objetivo que pretenden lograr preservando la regla de la participación, tal y como se advierte en la STJUE de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, apartado 31 (con cita expresa a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, apartado 44).

El TRLCSP no contiene ninguna previsión regulatoria sobre los conflictos de intereses. Lo que obliga a acudir al Derecho europeo de los contratos públicos. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en su considerando 16, señala que:

> los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses.

Y el artículo 24, dedicado a los conflictos de intereses, prevé que:

> Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.
>
> El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Las consecuencias de la existencia de un conflicto de intereses se regula en el artículo 57.4.e) de la referida Directiva.

El documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, sobre «Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante

el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público» de 1 de marzo de 2016; considera que al artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, le es aplicable el principio del «efecto directo» de las Directivas, que permite a los particulares invocar directamente la norma europea ante una jurisdicción nacional o europea.

Este documento advierte que el párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado, en cuanto indica «Los Estados miembros velarán» y se dirige a estos últimos, por lo que necesita transposición. Pero entiende que el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que es un Tratado Internacional refrendado por el Reino de España en 2006 y que, por tanto, despliega efectos jurídicos. Lo que significa que la declaración como prohibición o exclusión de un procedimiento de licitación pública por existencia de conflicto de intereses debe respetar las exigencias y fundamento de esta técnica de carácter preventivo.

La Sentencia del TSJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), indica que un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión, y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho; y que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de conflictos de intereses y adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos. Y ese papel activo del poder adjudicador, resulta incompatible con hacer recaer sobre el demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, el conflicto de intereses.

Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: **a**) No se requiere que el conflicto sea «real» en cuanto que el interés particular influya *de facto* en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser «percibido» como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; **b**) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; **c**) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia.

Esto significa que la existencia de un conflicto de intereses –que exige acreditación suficiente– no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance general. La proporcionalidad exigible a esta decisión impone a la Administración la obligación de justificar de forma indubitada que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego.

CUARTO. Así las cosas, resulta necesario para la resolución del recurso, analizar si se da el supuesto del conflicto de intereses, que desde el Derecho de la contratación pública de la Unión europea y del Derecho nacional, permiten la extensión del régimen de incompatibilidades –que lleva a cabo la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón, en su artículo 16–, al Presidente del Consejo de Administración de la sociedad de garantía recíproca AVALIA SGR, sociedad mercantil de carácter mutualista.

Es decir, se trata de examinar, si el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad AVALIA SGR es un puesto de carácter directivo, que ejerce funciones ejecutivas del máximo nivel, equiparables, según la ley a los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, al personal directivo de la Administración Pública, o a los consejeros delegados de las sociedades mercantiles.

De entrada, hay que señalar que la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, en su artículo 16, se refiere a los «puestos de carácter directivo». En el ámbito de las Administraciones públicas está prevista la figura del «personal directivo» en el artículo 13 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), que dispone lo siguiente:

> El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:
>
> **1**. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.
>
> **2**. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.
>
> **3**. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

> 4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

La identificación de cuáles son las funciones directivas no es una cuestión cerrada en el Derecho público. La definición que hace el EBEP de quiénes tienen la consideración de directivos públicos es un tanto ambigua, pues nos dice que son directivos públicos quienes desarrollen funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, «definidas como tales en las normas específicas de cada Administración». La identificación de cuáles sean esas funciones directivas se reenvía a lo que determinen las normas específicas de la administración pública. Dicho de otro modo: ante la dificultad de definir lo que sean esas funciones directivas, se aboga porque sean las normas específicas de cada administración las que concreten cuáles son esos órganos cuyos titulares han de tener la consideración de directivos públicos y sobre todo qué funciones tendrán.

En el ámbito laboral, la relación del personal de alta dirección se regula por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, y quedan sujetos a ella, «aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad». Se trata de una relación jurídica que se sitúa entre la relación laboral común u ordinaria y la de los consejeros de la sociedad a que se refiere el artículo 1.3.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para excluirlos de su regulación.

De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, las notas que caracterizan a esta relación laboral especial son las siguientes: **a**) Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (esto implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligarla frente a terceros); **b**) Las facultades otorgadas han de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad; y **c**) La prestación de servicios ha de ejercitarse con autonomía y plena responsabilidad. El alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la

responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa.

En el ámbito mercantil, y de de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC), la administración de la sociedad se puede confiar a un administrador único; a varios administradores que, a su vez, pueden actuar de forma solidaria o conjunta; o a un consejo de administración.

En este sentido el artículo 249, de esta misma Ley, al regular la delegación de facultades del consejo de administración, dispone:

> 1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.
>
> 2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.
>
> 3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.
>
> 4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.
>
> El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general.

Y es que el consejo es un órgano inhábil habitualmente, para la gestión cotidiana de la sociedad. De ahí que tienda a convertirse, en un órgano de supervisión del trabajo realizado por los ejecutivos de la compañía que ostentan la práctica totalidad de las competencias de gestión del consejo a través de la delegación de las facultades de este. Lo previsto en la ley es que el consejo pueda delegar sus facul-

tades a favor, bien de un Consejero Delegado (o varios) o del Presidente del consejo o bien a favor de una Comisión Ejecutiva, además de realizar encargos concretos y apoderar, convenientemente, a los encargados para cualquier actuación.

De manera que no necesariamente, los Consejeros o el Presidente del consejo, tienen carácter ejecutivo. Ni tampoco tienen por qué realizar funciones ejecutivas del máximo nivel que impliquen la existencia de un conflicto de intereses. Al Presidente del consejo de administración, se le podrán delegar todas las facultades de este que estén previstas estatutariamente, excepto la rendición de cuentas, la presentación de balances a la junta general y las facultades que esta conceda al consejo. Pero, es importante tener en cuenta que por el hecho de ser Presidente del consejo de administración, únicamente tiene encomendadas las funciones de convocar el consejo, dirigir las sesiones, firmar las actas y ser el presidente de la junta general, salvo que en los estatutos se prevea otra cosa.

De hecho, desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en las formas complejas de administración (consejo de administración), lo único que resulta inherente al cargo de consejero (ordinario) es la función de deliberación o supervisión, mientras que la función ejecutiva se vincula a la delegación de facultades (funciones) del artículo 249 LSC, es decir, a que se atribuya expresamente esa función por delegación orgánica o por cualquier otro título ejecutivo.

Como consecuencia de ello el consejero ejecutivo se encuentra unido a la sociedad por una doble relación: una relación de «administración ordinaria» como consejero (en cuanto tal) y otra relación adicional de «administración derivada» como consejero ejecutivo. Esta doble relación, posibilita dos clases de remuneraciones: **a**) la remuneración de la función deliberativa y de supervisión y control, como consejero ordinario; y **b**) la remuneración de la función ejecutiva (gestión ordinaria) como consejero ejecutivo. Por tanto en caso de existencia de un consejo de administración, la retribución de la función deliberativa y de supervisión y control, como es inherente al cargo de consejero, debe situarse en el artículo 217 LSC. Sin embargo, la retribución de la función ejecutiva, como no es inherente al cargo, no debe residenciarse en el artículo 217 LSC y por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria debiendo situarse en sede de la delegación de facultades o funciones, del artículo 249 LSC. En este sentido viene a pronunciarse la Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que afirma:

> Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se de-

> sarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro.

Y son a estos consejeros ejecutivos, que desarrollan un puesto de carácter directivo, y que ejercen funciones ejecutivas del máximo nivel, a quienes debe extenderse la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, de acuerdo con la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón.

En todo caso, el recurrente niega que ejerza, ni se le hayan atribuido, funciones ejecutivas por parte de la Sociedad, ni que tenga poderes de representación, ejecutivos ni de ninguna otra clase de AVALIA SGR. Y el desempeño de unas funciones que acarrean entre sus efectos jurídicos la prohibición de contratar, no pueden presumirse de la simple lectura de los estatutos de la sociedad. Deben acreditarse formalmente, y a la vista de las mismas, determinarse si existe o no un conflicto de intereses, para su participación en la licitación del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local.

De todo lo expuesto se constata que no se ha acreditado la existencia de conflicto de intereses. Ni mucho menos, que la única solución posible ante al mismo sea la declaración de prohibición de contratar.

Por ello, procede aceptar la pretensión del recurrente de inexistencia de tal conflicto y la consecuente ilegalidad del acto de exclusión así como su consideración como prohibición de contratar, acordada por el órgano de contratación.

Finalmente, este Tribunal administrativo considera conveniente recordar que la declaración de la existencia o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio. En la actualidad no existe ninguna disposición normativa que regule este procedimiento, aunque, como señala el Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el órgano de contratación, cuando advierta tal circunstancia, deberá acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la existencia, o inexistencia, del conflicto de intereses. Del que se dará vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos, declarará la existencia

o inexistencia de conflicto de intereses. A lo que habría que añadir, en el supuesto de que se llegue a la conclusión de la existencia de un conflicto de intereses, si es posible salvar el conflicto con la adopción de otras medidas, que no supongan la exclusión del licitador del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. **ACUERDA**

PRIMERO. Estimar el recurso especial interpuesto D. Pablo Martín-Retortillo Leguina en representación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL, frente al acuerdo de exclusión de las tres mercantiles en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO. Anular la exclusión en el procedimiento de licitación indicado, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la misma y disponer la admisión de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES SA, COCHES LA OSCENSE SA y PIRENAUTO SL al procedimiento de licitación, por no constatarse la existencia de conflicto de intereses.

TERCERO. Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO. El Departamento de Hacienda y Administración Pública deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO. Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10.k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.

Informe 1/2016

De 25 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ASUNTO: Incidencia de la huelga realizada por los trabajadores en el régimen de pagos de un contrato de servicios. Información sobre las obligaciones de subrogación en las relaciones laborales del anterior contratista.

I. ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento Zaragoza se dirige, con fecha 10 de diciembre de 2015, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor:

> El Gobierno de Zaragoza en sesión celebrada el día 4 de diciembre de 2015, ha adoptado el acuerdo de dirigirse a la Junta Consultiva de la Comunidad Autónoma de Aragón, en atención a lo expresado en el artículo 6 del Reglamento, a los efectos de que emita dictamen sobre las siguientes cuestiones todas ellas atinentes al contrato de servicios de conservación y mantenimiento de parques y zonas verdes (sector I):
>
> - «si los excesos de tareas o trabajos realizados por la empresa adjudicataria, que no hayan sido acordados o requeridos por el ayuntamiento, deben ser abonados o no, y sobre si deben ser abonados en concepto de canon o valoración».
> - «conocer el dictamen de la Junta Consultiva sobre cuál es la fórmula legal para contemplar en las certificaciones correspondientes a periodos de paros parciales y huelga teniendo en cuenta el número de unidades anuales de la mayor parte de los programas del anexo 10 del contrato».
> - «sobre cuáles son las consecuencias contractuales que se derivan de los datos irregulares en la subrogación del personal en el proceso concursal y sobre si los trabajos del apartado de "valoración" pueden ser realizados por trabajadores no adscritos al contrato».

Al escrito se acompaña copia del expediente a que se refiere la solicitud de informe.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de febrero de 2015, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y competencia de esta.

En primer lugar, el Alcalde del Ayuntamiento de Zaragoza es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

En cuanto a la competencia de la Junta respecto al informe solicitado, el citado Decreto 81/2006, configura a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón como el órgano consultivo que debe resolver consultas de carácter general en relación con la interpretación y análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública (artículo 3.1 y 2 del mismo). Por ello, la Junta no puede entrar a valorar expedientes concretos de contratación, ni suplir, por vía de informe, la competencia concreta de órganos específicos, principalmente, en este caso, los servicios jurídicos y la Intervención General del Ayuntamiento de Zaragoza.

La consulta planteada por el Alcalde de Zaragoza, tiene por objeto conocer el criterio de esta Junta Consultiva acerca de varias cuestiones relacionadas con un concreto contrato de servicios –servicio de conservación y mantenimiento de zonas verdes– algunas de las cuales admiten que esta Junta se pronuncie sobre ellas con carácter general, atendiendo al interés que presentan.

La primera de las cuestiones sobre las que se solicita informe se refiere a un aspecto muy específico del contrato sobre el que se basa la petición. En este contrato de servicios, la determinación del precio se realiza utilizando una combinación de los sistemas de determinación de precio a tanto alzado y por precios unitarios –fórmula que es conforme a lo dispuesto en el artículo 302 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP)–,

de forma que en las certificaciones mensuales se recoge «una doceava parte del precio fijo y la parte ejecutada del variable». Las prestaciones variables que se facturan por precios unitarios son ordenadas por la unidad responsable del contrato, conforme a lo previsto en los pliegos que rigen este. El Ayuntamiento de Zaragoza entiende que el adjudicatario ha ejecutado prestaciones que no le han sido requeridas, y pregunta si deben ser abonadas y por qué concepto. Se trata de un problema que debe resolverse con la aplicación de los pliegos específicos del contrato, que requiere un análisis detallado de los hechos alegados por ambas partes, y por lo tanto no admite que esta Junta se pronuncie al respecto.

La misma consideración merece la cuestión final, sobre si los trabajos del apartado «*valoración*» pueden ser realizados por trabajadores no adscritos al contrato, al tratarse de incidencias en la ejecución de este de las que no pueden extraerse consideraciones de carácter general.

Sí admiten un pronunciamiento general las otras dos cuestiones planteadas: cómo afecta a la ejecución del contrato, y específicamente a los pagos, la realización de paros parciales y jornadas de huelga por los trabajadores adscritos al servicio; y las consecuencias de que la información recogida en la documentación de la licitación de un contrato, sobre los trabajadores respecto de los que existe obligación de subrogación, contenga datos que no sean correctos.

II. **Consecuencias de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato, específicamente en el régimen de pagos.**

En todo contrato administrativo se derivan obligaciones para ambas partes, Administración y contratista. Fundamentalmente al contratista le corresponde realizar las prestaciones objeto del contrato y a la Administración abonar el precio pactado. La inobservancia o defectuoso cumplimiento de estas obligaciones determinan, a priori, un incumplimiento contractual.

Sin embargo, el supuesto en el que la falta de prestación del servicio se debe a los paros y jornadas de huelga llevados a cabo por los trabajadores de la empresa adjudicataria, no puede constituir un incumplimiento contractual, pues como puso de relieve la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 60/08, de 31 de marzo de 2009, la falta de cumplimiento no es imputable al contratista, sino a los trabajadores. Y por otra parte, la huelga es un derecho reconocido constitucionalmente, y siempre que se ejercite dentro de los cauces legalmente establecidos, no puede derivarse una acción de responsabilidad contra los trabajadores.

Aunque no exista incumplimiento contractual por el contratista, hay que tener en cuenta que el artículo 215 TRLCSP consagra el principio de riesgo y ventura del contratista, al establecer:

> La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el de obras en el artículo 231, y de lo pactado en las cláusulas de reparto de riesgo que se incluyan en los contratos de celebración entre el sector público y el sector privado.

Y aunque este principio tiene excepciones, las consecuencias de la huelga no deben de ser soportadas por la Administración contratante sino por el contratista, ya que debe considerarse como un riesgo normal de la actividad empresarial.

El Tribunal Supremo, en numerosas sentencias, entre otras las de 21 de enero de 1983, y 20 de junio de 1988, considera que la huelga –siempre que se haya desenvuelto ordenadamente y se hayan cumplido los servicios mínimos fijados por la autoridad competente– es propia del giro de la empresa. La huelga no es un supuesto de fuerza mayor a los efectos de exceptuar la aplicación del principio de riesgo y ventura en el cumplimiento del contrato, sino que se trata de un suceso normal con el que deben contar las empresas, adoptando las medidas de previsión oportunas. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en numerosos dictámenes, como el 14/2010, de 11 de marzo.

Por ello, la Administración contratante no está obligada al pago de los servicios dejados de realizar, sino que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de la huelga, dejando de percibir las cantidades correspondientes a los servicios no prestados, así como los derivados del establecimiento de los servicios mínimos, si han tenido que cubrirse por la Administración.

La consideración de la huelga como perteneciente al aleas del riesgo empresarial lleva incluso a considerar que no impide la aplicación de la resolución del contrato (Dictamen del Consejo Consultivo de Galicia 250/2012, de 30 de mayo de 2012).

Entrando en el método de cálculo de las cantidades que deben detraerse de los pagos al contratista como consecuencia de la huelga, la primera consideración es que habrá que estar a lo dispuesto en los pliegos de cláusulas, en caso de que haya una previsión específica. De no ser así, será al órgano de contratación al que le corresponda valorar las deducciones derivadas de la falta de prestación del servicio, atendiendo a las condiciones del mismo.

La Junta Consultiva del Estado en el Informe antes citado, referido a un contrato de gestión de servicio público de recogida de basuras, considera que la Administración no está obligada a pagar la parte correspondiente a los salarios

que no ha satisfecho el contratista, pero sí a abonar el importe de los gastos generales imputables a la prestación del servicio. Y basa su criterio en la interdicción del enriquecimiento injusto, por lo que entiende que en los pagos habrá que deducir «el importe de los gastos que el empresario hubiera dejado de soportar por aplicación de las disposiciones reguladoras del derecho de huelga», porque de otra manera habría un enriquecimiento injusto para el contratista.

Sin embargo, la jurisprudencia reciente aplica un criterio más amplio, que atiende a las características de cada contrato. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la Sentencia 51/2012, de 9 de febrero, relativa a un contrato de gestión de servicio público de estacionamiento regulado en las vías públicas, confirma la sentencia de instancia que considera que aunque en la prestación del servicio no solo existen costes de personal para el adjudicatario –sino que hay amortización de parquímetros y de equipos informáticos, gastos financieros, costes varios, gastos generales y beneficio industrial– y que con motivo de la huelga, el único coste que no soportó la empresa adjudicataria fueron los costes de personal, queda acreditado que durante la huelga se produjo un cese total de servicio y que aunque existen una serie de prestaciones accesorias o instrumentales que facilitan o completan las prestaciones principales, en ningún caso pueden considerarse desligadas o independientes. El Tribunal concluye que corresponde detraer completa la contraprestación del servicio por los días de huelga.

Por tanto, en los supuestos de paros parciales y huelga de los trabajadores adscritos al contrato, la Administración debe deducir de los pagos las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar por el contratista. En todo caso, será necesario que el órgano de contratación tramite el oportuno procedimiento administrativo, tal y como exige el articulo 211 TRLCSP, y que si existe oposición del contratista de solicite el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de Aragón (Dictamen del Consejo de Estado 14/2010, de 11 de marzo).

III. **Información sobre las obligaciones de subrogación del personal en la fase de licitación del contrato, contenido y alcance.**

Ninguna duda hay en la actualidad sobre la obligación de informar a los licitadores respecto de las obligaciones de subrogación del personal, en los casos de cambio de contratista por adjudicación de un nuevo contrato público.

Aunque la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 31/1999, de 30 de junio, entendía que:

> [...] la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios

> colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares». Sin embargo, este criterio tuvo que ser matizado y la misma Junta en el Informe 33/2002, de 23 de octubre, señaló: «la necesidad de que el futuro contratista conozca suficientemente cuáles serán las obligaciones que asume al resultar adjudicatario del contrato, que son, no solo las propias relativas a la prestación en si, sino también aquellas otras obligaciones que proceden de normas sectoriales distintas de la legislación de contratos, es un elemento propio de la definición de derechos y obligaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley.

Posteriormente, el artículo 120 TRLCSP, dio rango legal a la necesidad de que se incluya en los pliegos la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo:

> En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

Sobre esta obligación de informar, su contenido y alcance, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en diversas resoluciones. La Resolución 96/2015, de 30 de enero, resume su doctrina sobre la cuestión, indicando que:

a) Los pliegos que rigen la licitación, o la documentación complementaria, deben especificar con la suficiente precisión y exactitud, todos los elementos que resulten necesarios para permitir a los licitadores una adecuada evaluación de los costes laborales efectivos en que van a incurrir, de resultar adjudicatarios del contrato.

b) La obligación de informar sobre tales extremos recae en el propio órgano de contratación, quien deberá, a su vez, recabarla de los actuales adjudicatarios. Si existe, al menos, la apariencia de que puede haber obligación de subrogarse en los términos que determinan la aplicación del artículo 120 TRLCSP –y sin que ello suponga prejuzgar la existencia y alcance de tal obligación de subrogación– el órgano de contratación está obligado a requerir de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la posible subrogación. Esta información deberá constar en el propio pliego o en la documentación complementaria, siendo aconsejable que se haga, igualmente, constar que tal información se facilita en cumplimiento de lo previsto en el precitado artículo 120 TRLCSP y sin que suponga prejuzgar la existencia y el alcance de la obligación de subrogación.

El Tribunal concreta el contenido de la información que debe de ponerse a disposición de los licitadores, que será:

> la información precisa para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. Ciertamente, la forma de hacerlo que mejor se adapta a lo exigido es hacer constar, en cualquiera de los documentos mencionados, la relación de los trabajadores, con la especificación de su categoría laboral, tipo de contrato, antigüedad y salario percibido por cada uno de ellos. Sin embargo, la indicación de alguno de estos datos puede ser omitida si se proporciona a los licitadores los medios necesarios para obtenerlos.

Sobre la responsabilidad respecto de dicha información, el Tribunal dice que:

> La obligación de informar sobre las condiciones del personal a subrogar corresponde al órgano de contratación, no pudiendo ampararse en la falta de información proporcionada por los actuales adjudicatarios. Efectivamente, debe tenerse en cuenta que, cuando la información relativa a los costes del personal no es correctamente suministrada por el adjudicatario, ello supone una vulneración del principio de transparencia, pero también del de no discriminación, pues, en tal caso, dicho adjudicatario estará en una clara situación de ventaja respecto de sus competidores, pues él sí tiene información puntual sobre la cuantía de tales costes, pudiendo tenerla en cuenta, a la hora de elaborar su oferta. Es, por tanto, el órgano de contratación quien debe requerir al adjudicatario, para que la información suministrada sea completa y veraz, utilizando todos los instrumentos establecidos en el pliego para exigir el correcto cumplimiento de dicha obligación.

Y concluye:

> [...] a juicio de este Tribunal la veracidad de la información suministrada por el adjudicatario actual sólo puede ser responsabilidad de este sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla, sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente y en caso de no serlo requerir al adjudicatario para que proceda a completarla, pudiendo incluso, aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el caso de que incumpla dicha obligación, que viene impuesta legalmente y ello para evitar la ventaja competitiva que tendría respecto de los demás licitadores, si la información no es completa.

III. **CONCLUSIONES**

I. Las consecuencias económicas de la realización de paros parciales y huelga por los trabajadores adscritos a la ejecución de un contrato de servicios corresponde soportarlas al contratista. La Administración detraerá las cantidades correspondientes a las prestaciones dejadas de realizar, previa tramitación de un expediente conforme al artículo 211 TRLCSP.

II. La obligación de informar sobre los costes laborales de la subrogación recae en el órgano de contratación, quien deberá recabarla de los actuales adjudicatarios. La veracidad de la información suministrada por el adjudicatario sólo puede ser responsabilidad de este, sin que quepa trasladar al órgano de contratación la carga de contrastarla. Sin embargo, sí es tarea de dicho órgano comprobar que la información es suficiente.

III. El incumplimiento por el adjudicatario de la obligación de suministrar esta información puede dar lugar a aplicar las consecuencias previstas en el pliego, para el incumplimiento del contrato.

Informe 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de febrero de 2016.

RECENSIONES

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto (dir.): *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, Granada, Cemci, 2016, 579 pp.

1. El libro sobre el que se da noticia trata monográficamente una de las dos Leyes que entraron en vigor el pasado 2 de octubre de 2016 (las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) y que están llamadas a presidir las relaciones de las Administraciones públicas con los ciudadanos, las relaciones interadministrativas y el mismo funcionamiento interno de las Administraciones Públicas durante algún tiempo (quién sabe) máxime cuando el 2 de octubre de 2018 los pocos preceptos que todavía no han entrado en vigor, lo hagan.

Y como cuando sucede un fenómeno de la importancia de este (nada menos que el cambio de la legislación básica sobre las Administraciones Públicas, prácticamente un «nuevo» –formalmente–. Derecho Administrativo) tienen lugar la aparición de libros, artículos, que tratan de explicar las novedades, buscando sus virtualidades, intentando corregir los defectos (la obra humana los lleva siempre consigo) y solucionar las contradicciones internas que siempre se producen. Máxime en una ocasión como esta, en la que las cláusulas derogatorias de las dos Leyes nos informan del impacto en la estructura del ordenamiento jurídico y las múltiples afecciones a distintas normas que también se producen.

Y ello aunque, materialmente hablando, los cambios reales sobre el estado de cosas existente no sean excesivamente importantes, en muchos casos podríamos decir que son anecdóticos y, en otros, inexistentes. Creo que hubiera sido más recomendable que se hubiera producido por una Ley

de modificación y que, posteriormente, se hubiera producido un texto refundido. Pero no ha sido así y, probablemente, la ambición de los autores de pasar a la posteridad (y de borrar el rastro de las referencias temporales precedentes) tienen mucho que ver con ello. En todo caso no sirve de nada lamentarse y lo que ahora se trata es de cumplir con el papel que cada cual tiene en la vida jurídica con los nuevos mimbres, y de hacerlo lo más dignamente posible.

2. Sin ninguna duda el libro sobre el que se escriben estas líneas va a facilitar el cumplimiento de ese papel con dignidad desde la perspectiva exclusiva –y tan importante– de la afección que la Ley 40/2015 tiene sobre las Administraciones Locales. En ese sentido y de entrada hay que agradecer a los autores que se hayan fijado en este sector administrativo específico porque es donde más necesidad de ayuda existe, sobre todo teniendo en cuenta el amplísimo número de Administraciones Locales y, lo que es más importante, la obligada menesterosidad en la que muchas de ellas, por lo escaso de su estructura administrativa correspondiente a la escasa población también que tiene el municipio, tienen. El libro trata los temas más importantes para el funcionamiento diario de las Administraciones Locales y en todos los supuestos se proporcionan soluciones a los problemas que pueden plantearse y, sobre todo, se proporciona un esquema jurídico irreprochable del orden de fuentes que en los distintos sectores estudiados resulta de la innovación normativa; ello es más notable si se tiene en cuenta la precedencia de una legislación propia de los gobiernos locales, la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 (tantas veces modificada) y el cambio que en algunos sectores normativos se produce de la normativa de referencia.

3. El libro cuenta con unos estudios monográficos realizados por distintos autores que se ordenan por «Capítulos» (trasmitiendo así la idea de unidad que se pretende conseguir en el estudio de la Ley 40/2015) y que paso a enumerar por el orden con que en él aparecen. Rafael Pizarro Nevado realiza el trabajo titulado «Principios y bases del régimen jurídico de la organización local»; Antonio Jesús Sánchez Sáez el relativo a «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»; Lorenzo Mellado Ruiz es el autor del capítulo III del libro titulado «Organización y funcionamiento del sector público institucional»; el siguiente trabajo es el que firma Agustí i Cerrillo Martínez con el título «Administraciones y entidades públicas electrónicas: el funcionamiento electrónico del sector público y las relaciones interadministrativas electrónicas»; el capítulo V es de Manuel Rebollo Puig y su título hace referencia a las dos instituciones cuyo régimen jurídico se ha parcelado entre la Ley 40/2015 y la Ley 39/2015 (que es la que considera las particularidades procedimentales) o sea la «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015»; finalmente el director del trabajo, Humberto Gosálbez Pequeño firma el capítulo VI titulado «Principios de la actividad administrativa conveniada de las Administraciones Locales».

4. La lectura de los títulos de los trabajos permitirá concluir en que todos los temas fundamentales que plantea la Ley 40/2015 desde la perspectiva de las Administraciones Locales han sido tratados y lo han sido, apunto, con evidente minuciosidad: el libro quiere ser un compendio «total» de lo que pueda afectar a las Administraciones Locales, de lo que da testimonio el amplio número de sus páginas. En todos los trabajos hay tratamiento exhaustivo, pues, conocimiento minucioso de la bibliografía

anterior sobre los temas, de los problemas competenciales y soluciones jurisprudenciales existentes. No hay trabajo que pueda recomendarse con preferencia sobre otros, porque todos son de imprescindible consulta para el funcionamiento diario de cualquier Ayuntamiento o Diputación Provincial. Me atrevería a decir, sin embargo, que comencé la lectura del libro por el capítulo dedicado a la Administración electrónica por los retos tan evidentes que esta voluntad firme –rígida– de electrificar (o electronizar) el comportamiento administrativo plantea a tantos municipios minúsculos. Aquí hay una problemática abierta que Cerrillo desarrolla magistralmente y que solo acabará de comenzar a cerrarse cuando el 2 de octubre de 2018 entren en vigor los sustanciales preceptos sobre registro electrónico, sede electrónica y otras cuestiones que todavía no lo han hecho. La Administración –en general– tiene todavía un tiempo de preparación para la plena desaparición (al menos teóricamente) del papel, sin perjuicio de que ya la Ley 40/2015 (y la 39/2015, obviamente) plantea aquí unas exigencias que en muchos sentidos obligan a una imagen distinta de la Administración planteándose muchos retos desde el punto de vista de la eficacia, de la garantía de los derechos de los ciudadanos y de la misma práctica diaria de un funcionamiento que no está siendo nada fácil.

En suma, un libro de evidente calidad y enteramente recomendable para administradores, ciudadanos (y profesores que ahora afrontan la tarea de explicar los nuevos esquemas, algunos no tan nuevos, del derecho administrativo con otras referencias normativas).

Antonio Embid Irujo

Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el Gobierno Local

VILLORIA MENDIETA, Manuel (dir.): *Buen Gobierno. Transparencia e integridad institucional en el Gobierno Local*, Madrid, Tecnos / Diputació de Barcelona, 2016, 442 pp.

1. Sin duda alguna uno de los temas de referencia en los últimos años en España en el debate jurídico-político, es el de la transparencia. Transparencia como parte imprescindible del buen gobierno o gobernanza (no voy a entrar aquí en disquisiciones teóricas sobre la separación o unión entre ambos conceptos, que desde la perspectiva de estas páginas es indiferente) y exigencia que se ha formulado en dicho debate en relación a las instituciones o poderes públicos (no solo la Administración), y que desembocó, finalmente, en la aprobación de Leyes tanto en el ámbito del Estado (2013) como en el de muchas Comunidades Autónomas (en el caso de Aragón la Ley es de 2015 aunque algunas Comunidades Autónomas regularon sobre la transparencia antes de la aparición de la Ley estatal).

La transparencia y las técnicas que van vinculadas a la misma representa un paso adelante en relación al derecho de acceso a archivos y registros administrativos regulado en la Constitución (en el art. 105, precepto que por su situación en la Constitución ya informa que no se pretendía crear ningún tipo de derecho fundamental) y que luego fue objeto de desarrollo normativo por el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Un desarrollo normativo que dio lugar al artículo de más extensión de esa Ley (diez apartados nada menos) pero que aun

consiguiendo a su través una cierta apertura en las posibilidades de conocimiento por parte de los ciudadanos del actuar de la Administración (conocimiento en relación a los «archivos» y «registros» administrativos, en realidad a los documentos contenidos en los mismos y que la regulación leía como documentos contenidos en procedimientos administrativos terminados) presentaba unas evidentes limitaciones en cuanto que existen otros múltiples aspectos del actuar público, de evidente relevancia para los ciudadanos, y que no eran susceptibles de ser conocidos a través de ese instrumento normativo.

Hubo determinados avances en lo relativo al conocimiento del actuar público en legislaciones sectoriales (contratación pública, subvenciones...) hasta que llegó la legislación de transparencia, estatal y autonómica, antes mencionada que cambió notablemente el régimen jurídico propiciando, a través de distintas técnicas, una Administración «abierta» y transparente. Esto ya pertenece a la más rigurosa actualidad.

2. El libro del que aquí se da noticia tiene un título más que significativo y llega en un momento en el que la transparencia, sus posibilidades y limitaciones, tiene un recorrido que permite plantear un proceso discursivo, jurídico, sobre sus virtualidades, efectividad práctica y elementos de posible desarrollo. Y eso en relación específica a la Administración Local (al Gobierno Local, como atinadamente indica el título), bien que el lector del libro advierte inmediatamente cómo su director ha pretendido reflejar no sólo cuestiones específicamente relativas a los entes locales sino también construir (más bien recordar la previa construcción, con abrumadora cita de doctrina anglosajona) la teoría general de la transparencia (del buen gobierno) así como proporcionar múltiples datos relativos a la práctica de la misma hasta, más o menos, el año 2014 inclusive que es a donde se extienden las referencias que utilizan los distintos autores.

Los autores del libro son tanto académicos (profesores universitarios, muchos de ellos bien conocidos por su trabajo anterior en estas cuestiones como A. Cerrillo, E. Guichot, J. Gifreu, J. Lizcano, J. Ponce o el propio director de la obra) como funcionarios de distintas Administraciones Públicas o expertos en diversas cuestiones relacionadas con la materia a estudiar. Entre todos ellos hay que notar necesariamente un predominio tanto de autores catalanes o que trabajan en Cataluña como de temas relativos a la transparencia en el ámbito de las Administraciones locales catalanas, cosa fácilmente explicable si se tiene en cuenta cómo la Diputación de Barcelona es coeditora del libro, lo que lleva a estudios específicos de la legislación catalana de transparencia (una Ley de 2014) así como de su impacto sobre las entidades locales.

3. Dar noticia minuciosa del contenido del libro sobrepasa claramente las posibilidades de una recensión que, por esencia, tiene que tener unas limitaciones específicas para no entrar en el ámbito propio de las contribuciones científicas de otra índole. Por ello solo voy a indicar aquí algunas de las partes que más me han interesado (sin que ello signifique el más mínimo desdoro, obviamente, para el resto).

Así, me ha parecido muy sugestiva la aportación de J. Lizcano titulada «Transparencia de Ayuntamientos y Diputaciones: la visión de Transparencia internacional», en donde se refleja la labor que esta organización internacional (una organización no gubernamental) viene realizando en relación a múltiples poderes públicos pero, singularmente, a Ayuntamientos y Diputaciones. Se reflejan en el trabajo dos índices elaborados por esta organización

el «Índice de transparencia de los Ayuntamientos (ITA)» y el «Índice de transparencia de las Diputaciones (INDIP)». El lector de esta parte del libro podrá encontrar en sus páginas múltiples informaciones sobre las evidentes virtudes que ha alcanzado el cumplimiento de la Ley en muchas entidades locales y también sobre el camino que todavía debe ser recorrido, singularmente en lo relativo a las pequeñas entidades.

Igualmente me parece necesario destacar que una parte del libro se dedica a la consideración de la corrupción, una de las grandes lacras del ¿pasado? de la Administración pública española y, desde luego, de la Administración Local, dado que en torno al urbanismo –competencia inequívoca local– es donde más casos de corrupción han aparecido (vid. la aportación específica de J. Gifreu sobre la cuestión, llena de buen sentido y propuestas para la mejora de la situación).

La parte final del libro contiene una serie de trabajos dedicados a proponer líneas de actuación para la mejora de la transparencia en distintos ámbitos de la actuación administrativa. En ese punto es justo reconocer el extraordinario interés del trabajo de J. Colás (Secretario de esta Revista, especialista bien reconocido en el ámbito de la contratación y Presidente, con nombramiento posterior a la realización de su trabajo, del Consejo de Transparencia de Aragón) titulado «La contratación pública en relación con el ámbito básico de transparencia». En este trabajo y tras una serie de consideraciones personales muy valiosas sobre la transparencia, en sí misma, y sobre la relación entre transparencia y contratación pública, se contienen una serie de propuestas de avance en este ámbito basadas en una mejor configuración de los pliegos contractuales (a través de la elaboración y aprobación de pliegos-tipo, fundamentalmente), propiciar la perfecta definición del objeto del contrato junto con la determinación de los criterios de solvencia económica y técnica, la aprobación de criterios de adjudicación y de las normas de su valoración con carácter general (me parece esencial profundizar en este ámbito, que hace públicas las «reglas del juego» y limita la discrecionalidad o arbitrariedad administrativa en la selección del licitador para transformarlo en adjudicatario), la publicidad y transparencia en el procedimiento negociado (sobre todo en el negociado sin publicidad, lo que no deja de ser una contradicción en sí misma, sobre todo si se generaliza el procedimiento contractual –o, mejor, la ausencia de procedimiento– como a veces ha sucedido) así como otra serie de propuestas de las que destaco la publicación de la composición, formas de designación, convocatoria y actas de las mesas de contratación (se propone, incluso, que las reuniones de las comisiones y mesas de contratación puedan retrasmitirse a través de internet, lo que guarda una cierta relación con principios de la Ley 40/2015 sobre celebración on line de reuniones de órganos colegiados).

4. Concluyo con la recomendación de conocimiento, lectura, consulta permanente de los múltiples trabajos incluidos en el libro. Muy probablemente en el futuro, una vez normalizadas las cuestiones básicas en esta materia (generalizados en los pequeños Ayuntamientos los portales de transparencia, en colaboración con otras Administraciones), la transparencia perderá algo de la rabiosa actualidad que ha tenido en los últimos años. Nuevas preocupaciones se pondrán en el horizonte y, sobre todo y fundamentalmente –desde mi punto de vista– cuál debe ser la relación entre Administración y Sociedad en los tiempos posteriores a la crisis económica cuyo final, afortunadamente, comienza a intuirse. En todo caso la transparencia y sus instrumentos normativos continuarán

estando en el telón de fondo de cualquier actuación pública también en ese nuevo tiempo sobre cuyas características es necesario comenzar a interrogarse. Este libro es y seguirá siendo un valioso instrumento de ayuda para las entidades locales en ese nuevo esquema de funcionamiento que ya comienza a adivinarse.

Antonio Embid Irujo

Índice de autores

- **María Josefa Aguado Orta.** Letrada de los Servicios Jurídicos del Ayuntamiento de Zaragoza.
- **Joaquín Álvarez Martínez.** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Zaragoza.
- **Ignacio Barquero Solanes.** Director de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón.
- **Rosa María Casado Monge.** Asesora de El Justicia de Aragón.
- **Gonzalo Castro Marquina.** Graduado en Derecho por la Universidad de Zaragoza.
- **Jesús Colás Tenas.** Secretario General de la Diputación Provincial de Zaragoza. Secretario del *Anuario* y miembro del Consejo Asesor de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda.
- **Eloy Colom Piazuelo.** Profesor Titular de Derecho Administrativo y acreditado como Catedrático. Universidad de Zaragoza.
- **Silvia Díaz Sastre.** Profesora Titular de Derecho Administrativo y acreditada como Catedrático. Universidad Autónoma de Madrid.
- **Antonio Embid Irujo.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. Director del *Anuario* y Presidente de la Fundación Ramón Sáinz de Varanda.
- **Antonio Eduardo Embid Tello.** Profesor Ayudante-Doctor de Derecho Administrativo, acreditado como Contratado-Doctor. Universidad Carlos III de Madrid.
- **José Luis Espelosín Audera.** Letrado Asesor. Ayuntamiento de Zaragoza.
- **Elena Ezpeleta Pemán.** Graduada en Derecho por la Universidad de Zaragoza.
- **Víctor Fernández-Rodríguez Fairén.** Profesor Asociado de Derecho Internacional Público. Universidad de Zaragoza.
- **Rafael Jiménez Asensio.** Consultor Institucional y acreditado como Catedrático. Universidad Pompeu Fabra.
- **Ismael Jiménez Compaired.** Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Universidad de Zaragoza.
- **Pedro Luis Martínez Pallarés.** Letrado de la Diputación Provincial de Zaragoza. Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universidad de Zaragoza.
- **Sergio Salinas Alcega.** Profesor Titular de Derecho Internacional Público, y acreditado como Catedrático. Universidad de Zaragoza.
- **Beatriz Setuáin Mendía.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza.
- **Germán Valencia Martín.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante.

Institución Fernando el Católico
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2
50071 Zaragoza (España)
http://ifc.dpz.es

Anuario Aragonés del Gobierno Local

ACUERDO DE INTERCAMBIO

ÁREA: **Derecho Administrativo**
DIRECTOR: **Antonio Embid**
SECRETARIO: **Jesús Colás**
AÑO DE FUNDACIÓN: **2010**
PERIODICIDAD: **Anual**
FORMATO: **17 x 24 cm**
EDITOR: **Institución Fernando el Católico, Zaragoza** (**Spain**)
ISSN **2172-6531**
INTERCAMBIO DE PUBLICACIONES: **Tels.** [34] **976 28 88 78**/**79**
E-MAIL: **interch@ifc.dpz.es**

CORRESPONDENCIA: Institución Fernando el Católico, Excma. Diputación de Zaragoza,
Intercambio de Revistas. Plaza de España, 2 • 50071 Zaragoza (España)

Rogamos remitan este impreso cumplimentado

Revista o colección

ISSN/ISBN Periodicidad

Materia Formato

Entidad

Dirección

CP Ciudad País

Teléfono Fax

Referencia E-mail

Fecha

Firma

Institución Fernando el Católico
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza España, 2, 50071 Zaragoza (España)
Tels. (34) 976 28 88 78/79
E-mail: ventas@ifc.dpz.es • www. http://ifc.dpz.es

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN A PUBLICACIONES PERIÓDICAS DE LA IFC

- ☐ **Anuario Aragonés de Gobierno Local**
- ☐ **Archivo de Filología Aragonesa**
- ☐ **Caesaraugusta**
- ☐ **Ciencia Forense**
- ☐ **Emblemata**
- ☐ **Ius Fugit**
- ☐ **Jerónimo Zurita, Revista de Historia**
- ☐ **Nassarre**
- ☐ **Palaeohispánica**
- ☐ **Revista de Derecho Civil Aragonés**

Datos personales de envío

D./Dña./Entidad

NIF/CIF

Domicilio

Código Postal Ciudad

Provincia/País Teléfono

E-mail

FORMA DE PAGO

☐ **Domiciliación bancaria**

Titular de la cuenta

Banco/Caja

Agencia

Domicilio

Población

CP Provincia/País

IBAN	Internacional	Entidad	Oficina	DC	Número de cuenta o libreta

Ruego se sirvan aceptar con cargo a nuestra cuenta corriente las facturas presentadas por Institución Fernando el Católico (CIF: P5090001H) a cambio de la entrega domiciliaria de los próximos números que reciba y hasta nueva orden, todo ello con un descuento del 25% sobre el precio de venta al público.

Firma

Sumario

INFORMES

Informe general sobre el gobierno local en 2016 | Antonio Embid Irujo

Informes sectoriales

Empleo y organización local | Beatriz Setuáin Mendía

Ordenación del territorio, urbanismo y vivienda | Mª Josefa Aguado Orta

Contratación local | Jesús Colás Tenas

Servicios públicos y contratos de servicios | Pedro Luis Martínez Pallarés

Bienes locales | Eloy Colom Piazuelo

Tributos y presupuestos | Joaquín Álvarez Martínez e Ismael Jiménez Compaired

Medio ambiente | Antonio Eduardo Embid Tello

Derecho de la Unión Europea | Sergio Salinas Alcega y Víctor Fernández-Rodríguez Fairén

El Justicia de Aragón | Rosa María Casado Monge

Cámara de Cuentas de Aragón | Ignacio Barquero Solanes

ESTUDIOS

La reforma local vasca: del régimen local a las instituciones locales | Rafael Jiménez Asensio

La relación entre informe urbanístico previo y licencia de obras en el marco de la autorización ambiental integrada | Germán Valencia Martín

Análisis de novedades en el ámbito de aplicación de la normativa contractual | Silvia Díez Sastre

La división de lotes: panorama y propuestas tras el 18 de abril de 2016, ante la necesaria aplicación del art. 46 en la Directiva 2014/24/UE | Gonzalo Castro Marquina

CRÓNICAS

NOTAS

DOCUMENTACIÓN

RECENSIONES

Anuario Aragonés del Gobierno Local

2016

ISSN 2172-6531

Institución Fernando el Católico

Diputación de Zaragoza

Fundación Ramón Sáinz de Varanda